

AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTREE
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE CLERMONT-FERRAND
17 SEPTEMBRE 2012

L'approche renouvelée du contentieux contractuel par le juge administratif
Intervention de Gilles JURIE, conseiller.

Vous connaissez, tout d'abord, le poids économique considérable de la commande publique en France. En 2010, elle représentait, quelque soit la personne publique concernée ou le type de contrat conclu, environ 110 milliards d'euros (dont 30 milliards d'euros pour l'Etat et 20 milliards pour les collectivités territoriales). Elle peut, selon les années, atteindre 10 à 15% du produit intérieur brut.

S'agissant des seuls marchés publics, les 100 000 pouvoirs adjudicateurs que compte la France (de la plus petite commune à l'Etat), ont, en 2011, notifié, selon le ministère de l'économie et des finances, 102 246 marchés pour un montant total de 67,2 milliards d'euros.

Vous n'ignorez, également pas, que le contrôle opéré, dans le cadre de leurs compétences respectives, sur les divers aspects de la commande publique tant par les juridictions judiciaires qu'administratives ainsi que par le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne s'accroît sans cesse.

Ce que vous ne savez peut être pas, enfin, c'est que le tribunal administratif de Clermont-Ferrand enregistre en matière contractuelle deux fois plus de dossiers (ce qui représente environ 6% des requêtes introduites en 2011) que la moyenne nationale des juridictions administratives de première instance.

C'est pourquoi, aujourd'hui, le contrôle du juge administratif en matière contractuelle retiendra notre attention.

Pour ce qui le concerne, le juge administratif ne limite pas son contrôle à celui des actes unilatéraux, même si ceux-ci demeurent le vecteur privilégié de l'action administrative et l'étend aussi aux contrats publics qui, quant à eux, constituent un acte juridique découlant d'un accord de volontés entre plusieurs parties, destiné à produire des effets de droit par l'instauration d'obligations réciproques entre elles. La contractualisation est, en effet, et on vient de le rappeler, un moyen d'action fréquemment employé par les autorités publiques, susceptible de revêtir les plus diverses formes (marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariats, convention d'occupation du domaine public, concessions d'aménagements, contrats de recrutements des agents publics, etc.) pour satisfaire les besoins les plus variés (acheter des fournitures ou des services, réaliser des travaux publics, s'attacher les services d'un tiers dans l'exercice d'une mission d'intérêt général, engager un agent, gérer l'utilisation du domaine public, etc.).

On voit ainsi à quel point le contrôle du juge administratif peut s'avérer fondamental eu égard aux conséquences juridiques et financières qui peuvent en découler aussi bien pour l'administration que pour son cocontractant. Dans ce cadre, le juge doit plus que jamais s'en tenir aux énonciations prophétiques de l'arrêt *Blanco* (TC, 8 février 1873, *Blanco*) et exercer un contrôle qui soit à même « de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

Or, c'est précisément dans cette logique, que le rôle du juge administratif du contrat se redessine depuis plusieurs années par l'effet conjugué de considérations nationales, dont la rationalisation de la dépense publique et la protection de l'intérêt général ne sont pas les moindres et d'aspirations européennes tenant principalement au souci de garantir toujours plus intensément la libre concurrence entre opérateurs économiques et de renforcer le droit au recours reconnu aux justiciables.

Ce processus de rénovation du contrôle juridictionnel des contrats publics s'est amorcé sous l'égide du législateur et du Conseil d'Etat et s'est révélé particulièrement fertile ces dernières années au point que l'on assiste à une véritable refondation de l'intervention du juge administratif en matière contractuelle. Celle-ci se traduit, en premier lieu, par un renouvellement de l'offre procédurale mise à disposition des requérants et, en second lieu, par l'abandon d'un contrôle formel au profit d'un contrôle réaliste.

I. L'élargissement des modalités de saisine du juge administratif en matière contractuelle.

Aux côtés des recours dont disposaient déjà les justiciables pour contester la passation d'un contrat (A), de nouvelles procédures ont été instaurées qui ouvrent plus largement le prétoire de la juridiction administrative au justiciable (B).

A. Le maintien des recours classiques en matière contractuelle.

Tout comme en droit privé, le contrat administratif est la loi des parties. C'est pourquoi celles-ci ont toujours bénéficié de la possibilité de saisir le juge du contrat dans le cadre de l'exécution de ses clauses.

Ainsi les parties peuvent-elles demander au juge l'interprétation d'une clause demeurant obscure. Elles peuvent également, en cas de vices entachant la formation de la convention, solliciter le juge afin qu'il en déclare la nullité et prononce ainsi son anéantissement rétroactif.

Le cocontractant, pour sa part, peut former un recours indemnitaire tendant soit au règlement de son marché, soit à la réparation d'un dommage qu'il estime résulter d'une mesure d'exécution du contrat prise par l'administration, soit enfin à la réparation d'un dommage qui, bien qu'engendré par l'application des clauses du contrat ne trouve pas son origine dans le comportement de l'autorité publique (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage du gaz de Bordeaux* : s'agissant de l'indemnité d'imprévision).

L'administration, quant à elle, peut saisir le juge administratif de recours visant à engager la responsabilité contractuelle de son partenaire lorsque celui-ci n'a pas exécuté les obligations qui étaient mises à sa charge ou le saisir de recours destinés à lui permettre de bénéficier de la garantie décennale des constructeurs lorsqu'elle est maître d'un ouvrage public.

Les procédures contentieuses ouvertes aux parties revêtent ainsi une dimension prioritairement indemnitaire, le litige trouvant alors son issue dans une solution financière.

Les tiers aux contrats administratifs, autrement dit les personnes physiques ou morales qui sont étrangères à la convention parce qu'elles ne l'ont pas conclue, ne bénéficient pas des recours susmentionnés et ne peuvent pas, en outre, réclamer directement l'annulation rétroactive du contrat devant le juge de l'excès de pouvoir. Elles sont seulement recevables à en attaquer les actes détachables (CE, 4 août 1905, *Martin*) ou leurs clauses réglementaires qui de par leur nature même emportent des effets pour les tiers et leur font grief.

Le seul tiers pouvant directement obtenir l'annulation d'un contrat est le préfet. En effet, celui-ci dispose en sa qualité de représentant de l'Etat et de garant de la légalité républicaine, dans le cadre de la procédure spécifique du déferé préfectoral instaurée par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions,

du droit de demander au juge administratif l'annulation des contrats passés par les collectivités territoriales (CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*).

Il ressort ainsi de ce rapide inventaire que l'introduction pour les parties, comme pour les tiers, de recours en matière contractuelle, si elle s'avérait possible n'en était pas moins fortement insuffisante et limitée dans sa portée. C'est donc, sans surprise, sur ce point qu'a porté en priorité l'action du législateur et celle du Conseil d'Etat afin d'ouvrir de nouvelles voies procédurales au justiciable.

B. L'instauration de nouvelles procédures en matière contractuelle.

Dans l'ordre chronologique est apparue, tout d'abord, la procédure du référé précontractuel. Elle correspondait à la transposition en droit français de deux directives européennes dites « recours » par les lois des 4 janvier 1992 et 29 décembre 1993. Il s'agit d'une procédure d'urgence qui permet l'intervention rapide, puisqu'enserrée dans un délai de 20 jours à compter de l'enregistrement de la requête, d'un juge siégeant seul et sans rapporteur public. Ce délai n'en permet pas moins le respect du contradictoire et le développement d'un véritable débat contentieux.

Le référé précontractuel a pour objet de protéger les personnes ayant « intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par les manquements » qu'elles invoquent, en permettant de demander au juge de prescrire toute mesure destinée à faire cesser l'irrégularité constatée, voire à annuler la procédure de passation du contrat.

Sa spécificité primordiale tient au stade d'intervention du juge qui se situe antérieurement à la conclusion du contrat. L'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, a prévu que la saisine du juge suspend automatiquement la signature du contrat.

Cette procédure innovante, tournée vers la prévention, a essentiellement pour but, de mettre fin à un comportement anticoncurrentiel du pouvoir adjudicateur, soit de ne pas laisser se conclure un contrat dont la procédure de passation aurait porté une atteinte inconsidérée à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les délégations de service public.

Ensuite, afin de doter le contentieux administratif de la procédure qui lui faisait alors défaut, notamment aux yeux du juge européen, le Conseil d'Etat a admis tout candidat qui estime avoir été irrégulièrement évincé lors de la procédure de passation d'un contrat administratif à contester la validité de ce dernier devant le juge de plein contentieux, autrement dit devant le juge administratif disposant de pouvoirs de contrôle extrêmement larges (voir l'arrêt du CE du 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*).

Ce recours, à la différence du référé précontractuel, consiste en une procédure de fond et non d'urgence et doit être introduit postérieurement à la conclusion du contrat. Les requérants n'en sont pas moins tenus d'agir rapidement puisque cette procédure ne peut être initiée, à peine d'irrecevabilité, que dans le délai « de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ». Ce délai répond avant tout à l'impératif de sécurisation juridique des relations conventionnelles nouées entre l'administration et son partenaire et empêche la remise en cause intempestive et à tout bout de champ des droits et obligations nés de la conclusion et de l'exécution du contrat. C'est une préoccupation analogue qui a conduit le Conseil d'Etat à fermer au candidat évincé, qui demeure un tiers au contrat, la possibilité d'en attaquer les actes détachables par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Complétant ce dispositif offrant doré et déjà de solides garanties au justiciable, un référé contractuel a par ailleurs été créé par l'ordonnance du 7 mai 2009 susmentionnée afin

de mettre définitivement la France en conformité avec la nouvelle directive européenne « recours » du 11 décembre 2007. S'il s'inscrit dans la même logique préventive que son aîné précontractuel, il ne peut, cependant, être présenté devant un juge statuant seul que si le contrat a été conclu. En effet, cette nouvelle voie de droit est ouverte au candidat évincé dans le délai de 30 jours à compter des mesures de publicités adéquates ou, à défaut, dans le délai de 6 mois à compter de la date de conclusion du contrat. Cette procédure offre, de la sorte, une solution de repli au candidat évincé qui a été pris de court par la signature du contrat entre le pouvoir adjudicateur et son partenaire et qui ne peut plus, de ce fait, présenter un référé précontractuel.

On le voit, les justiciables disposent dorénavant d'une pluralité de voies de recours adaptées à chacune des phases de passation et d'exécution du marché. Celles-ci resteraient néanmoins lettre morte si la démarche actuelle de la juridiction administrative n'était pas marquée par une approche privilégiant les réalités contractuelles à un formalisme déconnecté des enjeux contemporains de la commande publique.

II. La démarche d'efficacité du juge du contrat dans l'exercice de son office.

Le remodelage du contentieux contractuel ne s'est pas limité à l'instauration de nouvelles voies de recours puisque, dans le même mouvement, le juge administratif s'est vu doter de pouvoirs adaptés à son nouvel office (A) qui, de la sorte, s'est tourné vers une approche plus pragmatique (B).

A. Des pouvoirs mieux adaptés aux réalités contractuelles.

Comme on l'a vu, le juge administratif était en matière contractuelle limité dans ses prérogatives. Dans le cadre d'un contentieux entre les parties il ne pouvait en principe que procéder à l'indemnisation de celle qui établissait être lésée dans l'exécution du contrat. Dans le cadre du contentieux initié par les tiers contre les actes détachables de la convention, le juge était cantonné à l'alternative du tout ou rien, qui est celle du juge de l'excès de pouvoir : soit l'annulation de l'acte litigieux, soit le rejet de la requête.

L'accroissement des pouvoirs mis à disposition du juge s'est d'abord concrétisé dans le cadre de la procédure du référé précontractuel (articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative). Ainsi, le juge peut non seulement prononcer des mesures définitives comme l'annulation des décisions se rapportant à la passation du contrat par exemple, mais également des mesures à effet temporaire (ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, ou bien suspendre l'exécution de décisions se rapportant à la passation du contrat).

Cette démarche a été prolongée par le législateur lorsqu'il a instauré la procédure du référé contractuel. Dans ce cadre, le juge peut prononcer la nullité du contrat ou sa résiliation. Il peut néanmoins se limiter à réduire sa durée d'exécution, ou à pénaliser le pouvoir adjudicateur fautif en lui imposant une sanction financière (articles L. 551-17 et suivants du code de justice administrative).

S'inspirant de ces exemples, la jurisprudence administrative a accentué et diversifié les pouvoirs du juge dans trois domaines clefs du contentieux contractuel, celui de la passation, celui du contrôle de la validité de la convention et celui de l'exécution en cas d'annulation d'un acte détachable.

En matière de contentieux de la passation, le juge saisi par le concurrent évincé ou par le candidat dissuadé de soumissionner ne dispose pas seulement du pouvoir d'annuler ou de résilier le contrat, il lui appartient aussi, s'il l'estime plus approprié, de modifier certaines de ses clauses, de décider de la poursuite de son exécution éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prescrites à l'administration, et / ou, d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés du requérant si ce dernier a été privé d'une chance sérieuse de conclure le contrat. Il peut même décider que l'annulation qu'il prononce revêtira un effet différé (voir l'arrêt précédemment évoqué : *Société Tropic travaux signalisation*).

Concernant le contentieux de la contestation de la validité du contrat, le juge saisi par une partie peut soit décider de la poursuite de l'exécution du contrat si elle est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, la résiliation du contrat, soit en cas d'irrégularité particulièrement grave prescrire son annulation (CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*).

Couronnant cet édifice, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 21 février 2011 *Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-communauté*, a remanié l'office du juge de l'exécution. Reconnaisant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat, il attribue au juge de l'exécution toute une gamme de pouvoirs aussi large que celle dévolue au juge du contrat.

Dans ces conditions, la sanction des manquements constatés et la stabilité des relations contractuelles ne relèvent plus des contradictions d'un dilemme dans lequel son insuffisance de pouvoirs cloîtrait le juge administratif, mais des termes d'un équilibre qu'il se doit désormais d'atteindre concrètement dans chaque litige qui lui est soumis. Et c'est bien ce nouvel état d'esprit qui anime le juge administratif dans son contrôle.

B. Un nouvel état d'esprit présidant à l'exercice de son office.

La sanction des irrégularités émaillant la passation du contrat ou son exécution, corollaire du principe de légalité de l'action administrative, doit être dorénavant concilié avec celui de sécurité juridique qui a été consacré comme un principe général du droit par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 24 mars 2006 : *Société KPMG et autres*).

Chacune des procédures que nous venons d'évoquer est concernée.

Ainsi dans le cadre du référé précontractuel le requérant qui s'estime irrégulièrement évincé ou dissuadé d'avoir candidaté, devra-t-il se prévaloir de manquements qui sont susceptibles de l'avoir lésés dans le cadre de la mise en concurrence précédant le choix de l'attributaire. Aucune autre irrégularité, à la supposer même établie, ne peut être retenue dès lors qu'il appartient essentiellement au pouvoir adjudicateur, à ce niveau du processus de contractualisation, de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats à la commande publique.

S'agissant du référé contractuel, le juge, ne peut suspendre l'exécution du contrat s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages. Dans le même sens, le magistrat est tenu de faire usage de ses autres pouvoirs si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.

Cette logique innerve également les recours ouverts aux parties ou aux tiers permettant de contester la validité du contrat. Dans ces hypothèses, le juge, lorsqu'il a décelé une irrégularité, ne peut faire usage de ses pouvoirs qu'en prenant en compte la nature de celle-ci ; à laquelle l'éventuelle sanction doit être strictement proportionnée. Ensuite, dans les cas devenus désormais exceptionnels où il pense devoir faire usage de ses pouvoirs

d'annulation du contrat, le juge doit impérativement vérifier si cette mesure ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants.

Le juge ne peut, en outre, relever la nullité d'une convention lorsque sa validité est affectée d'un vice, que si celui-ci est d'une particulière gravité et concerne, notamment, les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

De la sorte les illégalités « vénielles », autrement dit celles qui n'ont pas de portée substantielle n'entraîneront plus automatiquement l'anéantissement rétroactif du contrat. Ne seront ainsi plus sanctionnées de nullité, les irrégularités purement formelles comme celles tirées du défaut de délégation de signature ou du défaut de transmission préalable de l'acte aux services préfectoraux chargés du contrôle de légalité. Toutefois, la nullité du contrat pourra toujours être constatée pour les manquements les plus graves comme celui consistant, par exemple, pour l'administration, à contracter dans une matière dans laquelle il lui est interdit de le faire (voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary* : relevant que les compétences de police administrative qui sont conférées à l'autorité publique ne peuvent être concédées à un tiers).

Pleinement conscient des conséquences de ses décisions sur les droits que tiennent les parties de leur contrat, et par delà, de ce que les contrats publics ont pour trait commun de participer à la satisfaction de l'intérêt général, le juge administratif recherche constamment et dans chaque type de procédure le point d'équilibre entre ces deux principes apparemment en contrariété. La portée des décisions juridictionnelles ainsi que l'efficacité des sanctions prononcées l'exigent.

Le temps est révolu où la nullité du contrat, selon les termes des conclusions du commissaire du gouvernement Henri Savoie sur l'affaire *Société Citécâble Est* jugée par le Conseil d'Etat le 20 octobre 2000, sonnait « comme un coup de tonnerre dans un ciel contractuel serein ».

Conclusion :

On le voit, l'arsenal du juge des contrats autorise, en ce début de décennie, des interventions ciblées renforçant la crédibilité de son contrôle.

Cependant l'accroissement de ses pouvoirs ne doit pas amener le juge administratif à se départir du rôle qui lui est assigné depuis la loi du 24 mai 1872 soit exactement 150 ans cette année, qui est de juger l'administration et non d'administrer à sa place. La matière contractuelle n'y échappe pas plus qu'une autre et s'il lui revient de contrôler les conditions dans lesquelles interviennent les décisions de l'autorité publique et de ne pas cautionner un comportement qui tendrait à s'affranchir de la légalité républicaine, il ne lui appartient pas de se substituer au pouvoir adjudicateur, notamment à ses choix et au plus crucial d'entre eux, celui de l'attributaire du contrat.

Enfin, l'entreprise de rénovation que nous venons très sommairement de brosser pour être en bonne voie, n'en est pas pour autant achevée. Le processus passe maintenant, à n'en pas douter, par l'harmonisation de toutes les voies de recours, au besoin en supprimant les interventions juridictionnelles superflues et en vidant le système de son excessive complexité afin que l'accès à la justice administrative n'en soit que plus ouvert.