

Conclusions

Didier Casas, commissaire du gouvernement.

La Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché à bons de commande d'une durée de trois ans et portant sur le marquage des aires d'avions et chaussées routières de l'aéroport de Point-à-Pitre le Raizet. L'offre de la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe a fait l'objet d'une décision de rejet le 14 novembre 2005. Le marché a finalement été attribué à la société Rugoway.

La société Tropic travaux signalisation a saisi le tribunal administratif de Basse-Terre d'une demande d'annulation de la décision de rejet de son offre, de la décision de retenir celle de la société Rugoway, de la décision de passer le marché, ainsi que du marché lui-même. Elle a également introduit une demande de suspension des mêmes actes. Cette demande a été rejetée par une ordonnance du 2 mars 2006.

La société Tropic travaux signalisation se pourvoit en cassation contre cette ordonnance. Elle présente deux moyens.

Le premier, tiré de l'irrégularité de l'ordonnance en raison de l'absence de signature du juge des référés, manque en fait.

Par un second moyen, la société soutient que le juge des référés a commis une erreur de droit en regardant les décisions comme exécutées alors d'une part, qu'elle avait demandé la suspension de l'exécution du marché et d'autre part, que les actes détachables produisaient leurs effets jusqu'à l'achèvement du marché.

La seconde branche du moyen, portant sur les différents actes détachables du marché, n'est pas fondée. Votre jurisprudence rendue en matière de référé suspension est en effet très claire : la signature du contrat rend sans objet les conclusions dirigées contre ces actes détachables, qui sont réputés entièrement exécutés du fait de la conclusion du contrat. Vous l'avez jugé tant pour la décision de signer le contrat (*27 novembre 2002, Région Centre, T. p. 854*, ou *9 février 2004 Société d'économie mixte de la Lozère et syndicat intersyndical pour l'aménagement du mont Lozère, T. p. 773*) que pour celle d'attribuer le marché (*30 juin 2004, Société Martoia, n°263257*). Le juge des référés, devant une telle situation, ne peut que se

borner à en tirer les conséquences. Il a l'obligation de constater le non lieu à statuer sur les conclusions de suspension alors même, avez-vous jugé dans la décision *Société Martoia* précitée, que la nullité du contrat conclu sur le fondement de l'acte détachable contesté ressortirait du dossier qui lui est soumis.

La première branche du moyen, qui porte sur l'ordonnance en tant qu'elle a rejeté les conclusions de suspension du marché lui-même, nous paraît en revanche fondée. L'ordonnance rejette les conclusions de la société dirigées contre le marché au motif qu'il est entièrement exécuté. Comme le fait valoir la société devant vous, ce fait est inexact : signé le 26 novembre 2005 pour une durée de trois ans, le marché était encore en cours d'exécution.

Toutefois en l'état actuel de votre jurisprudence, vous pourriez facilement porter remède à cette malfaçon relativement bénigne de l'ordonnance. L'article L. 521-1 du code de justice administrative conditionne le prononcé d'une suspension d'un acte administratif à la recevabilité de la requête en annulation ou en réformation de cet acte (*15 mai 2001, Commune de Loches, T. p. 1099*). Or il est certain que la société Tropic travaux signalisation n'était pas recevable, comme tiers au contrat, à demander l'annulation de ce contrat. Elle ne pouvait donc espérer obtenir du juge des référés qu'il en prononce la suspension (*14 novembre 2003, Société Heli-inter Guyane, n°258255*). Ce raisonnement est d'un très grand classicisme et vous pourriez vous borner à l'appliquer, ce qui conduirait à rejeter le pourvoi au prix d'une substitution de motif en cassation. Vous vous doutez bien, cependant, que nous ne serions pas en tain de nous exprimer devant votre Assemblée si notre dessein était d'en rester à cette solution qui repose sur un bon siècle de jurisprudence et dont l'audace serait ainsi toute relative.

Cette affaire a été directement portée au rôle de votre formation de jugement, parce qu'il nous a paru qu'elle pouvait utilement vous permettre de réexaminer la question de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats.

Avant d'entrer dans le vif de ce vaste sujet, nous voudrions apporter quelques éléments d'informations sur les conditions particulières dans lesquelles cette affaire a été étudiée avant que vous ayez vous-même à en connaître aujourd'hui.

Instruite dans un premier temps par votre 7^{ème} sous-section, elle a ensuite été soumise, le 5 juin dernier, à votre Section du contentieux, réunie en formation d'instruction, dans les conditions prévues par les articles R. 122-17 et R. 122-18 du code de justice administrative. Cette décision a été prise par le président de la Section du contentieux en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article R. 611-20 du même code. Une telle manière de procéder, qui conduit la Section du contentieux toute entière à vous soumettre aujourd'hui un projet de décision, est évidemment exceptionnelle. Elle n'est cependant pas sans précédent. A notre connaissance, vous avez procédé de même pour votre décision *Barel* (*Ass. 28 mai 1954, p. 308*, RDP 1954.509, concl. Letourneur, Note M. Waline, GAJA 15^{ème} édition, n°72), pour votre décision *Croissant* (*Ass. 7 juillet 1978, p. 292*, concl. Morisot, AJDA 1978.559, chron. Dutheillet de Lamothe, Robineau), pour votre décision *Election des représentants à l'Assemblée des communautés européennes* (*Ass. 22 octobre 1979, p. 385*, RDP 1980.541, concl. Morisot), pour vos décisions relatives au contentieux des élections européennes de 1984 (*Ass. 23 novembre*

1984, Association « Les Verts », Parti écologiste et autre, p. 382 ; Ass. 23 novembre 1984, Roujansky et autres, p. 383, Ass. 23 novembre 1984, Tête, p. 386, concl. Labetoulle). A cela s'ajoutent certaines affaires relatives au contentieux de l'épuration (cf., notamment, Ass. 12 décembre 1969, Le Luc, p. 580, concl. Kahn).¹

Notre propos, vous l'avez compris, est de vous engager à reconsidérer la question de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats. Ceci exigera de prendre quelque distance avec les données particulières de l'espèce pour vous rappeler d'abord quel est l'état du droit sur cette question et comment il s'explique, pour vous dire ensuite comment se pose la question de son éventuelle modification. Si nous parvenons à vous convaincre de la nécessité d'une évolution jurisprudentielle, il nous restera enfin à vous présenter les différentes solutions envisageables et à appliquer à l'espèce celle qui nous semblera la plus adaptée.



I.

Même s'il a connu avec le temps des aménagements importants, le principe est clairement établi par la jurisprudence que les tiers à un contrat ne peuvent demander à un juge l'annulation de ce contrat.

L'irrecevabilité d'un tel recours s'est imposée progressivement dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, au moment où le recours pour excès de pouvoir lui-même se construisait. Avant cela, il ne semble pas que vous vous soyez radicalement opposé aux demandes d'annulation de contrats émanant de tiers.

Dans la thèse qu'il a consacrée en 1942 au *Recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue* (Thèse, Paris, 1942), M. Landon pouvait ainsi affirmer, concernant cette époque que « le contrat peut aussi bien que l'acte administratif unilatéral être objet ou cause du recours ».² Représentatif de cet état du droit est l'arrêt régulièrement cité du **30 avril 1863 (Ville de Boulogne, p. 405, concl. Robert)** dans lequel vous avez annulé à la demande d'un tiers la clause d'une concession de plage dont l'effet était d'interdire aux tiers l'accès au rivage. Encore cette espèce n'était-elle – comme on a pu le souligner avec raison³ – qu'une forme de préfiguration de votre jurisprudence ultérieure admettant le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires des contrats, mais il n'en reste pas moins qu'elle illustre sans doute possible l'état de votre jurisprudence qui admettait alors le recours du tiers en annulation du contrat.

¹ Les affaires jugées selon cette procédure particulière étaient alors confiées, selon une règle coutumière, au doyen des commissaires du gouvernement.

² p. 83 (cité par P.F. Gonidec, « Contrat et recours pour excès de pouvoir », RDP 1950.58).

³ Cf. J.-H. Stahl, conclusions sur Sec. 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, p. 375, concl. au recueil).

Progressivement, cependant, au fur et à mesure que la classification des contentieux s'affirmait, le contrat a été chassé de votre prétoire de sorte qu'il est devenu impossible à un tiers de vous en demander l'annulation. Pour dire la vérité, on peine à dater précisément le moment de ce changement. Certains auteurs, comme M. Landon, dans la thèse précitée ou comme M. Gonidec dans un article paru à la Revue de droit public en 1950 (« Contrat et recours pour excès de pouvoir », RDP 1950.58), évoquent la date de 1864. D'autres, comme Mme Lefoulon dans un article de référence publié à l'AJDA en septembre 1976 (« Contribution à l'étude de la distinction des contentieux, le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative », AJDA 1976.396), évoquent plutôt 1884. D'autres encore (cf. D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, p.293, n°407) évoquent s'arrêter à 1872.

La question de la date importe peu. Ce sont les motifs de cette évolution qui doivent retenir toute votre attention.

Une large part de l'explication se trouve dans la volonté de classer les recours contentieux, pour les répartir entre excès de pouvoir et plein contentieux. Dans l'optique de Laferrière, les contrats étaient des actes de gestion et relevaient, non pas du contentieux de l'excès de pouvoir alors naissant, mais du contentieux de pleine juridiction dans lequel le juge – juge du contrat – dispose de vastes pouvoirs, « comportant l'exercice d'un arbitrage complet de fait et de droit sur le litige » (E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 1^{ère} éd. T. 2, p. 521).

De cette appartenance du contentieux contractuel au contentieux de pleine juridiction, la jurisprudence a d'abord tiré la conséquence que le contrat, comme les actes qui en sont le support, étaient incorporés dans un « tout indivisible » dont ne saurait connaître le juge de l'excès de pouvoir. De là, on a déduit que le recours pour excès de pouvoir directement exercé contre le contrat devait être irrecevable (*19 mai 1899 Levieux, p. 401*) et que si un recours pour excès de pouvoir était introduit contre un acte préparatoire à un contrat, le recours devenait ipso facto irrecevable au moment de la signature du contrat : l'acte préparatoire s'incorporait alors au contrat et l'ensemble ne pouvait plus être porté que devant le juge du contrat (*3 août 1894, Ville de Lyon, p. 542*), mais par les parties seulement.

A la fin du XIX^{ème} siècle, à un moment où le recours pour excès de pouvoir est en plein essor, tous les éléments sont donc réunis pour que le contrat ne puisse plus être contesté par les tiers : le contentieux de l'excès de pouvoir est exclu par principe et le plein contentieux contractuel est l'apanage des seules parties.

On a parfois dit que cet état du droit devait surtout à des considérations de pure opportunité jurisprudentielle. C'est notamment la thèse soutenue par M. Gonidec dans son article précité pour qui, l'exclusion du contrat du champ du recours pour excès de pouvoir était un moyen, pour le Conseil d'Etat « de désencombrer son rôle » (p. 66).

Cette explication très pragmatique d'une jurisprudence séculaire n'est peut-être pas à ignorer totalement, mais elle ne doit pas conduire à sous-estimer les autres considérations qui, depuis ces temps anciens et parfois jusqu'à nos jours, ont justifié la solution d'irrecevabilité. Ces justifications ont en effet tout leur poids.

Elles tiennent d'abord au fait que le juge de l'excès de pouvoir a estimé très tôt ne pas pouvoir ignorer les droits acquis par les parties du fait d'un contrat ni, d'ailleurs, la compétence de

l'autorité judiciaire sur un grand nombre de ces contrats.⁴ On trouve ce type de justification très expressément mentionnée dans certaines décisions de cette époque qui excluent le recours pour excès de pouvoir contre le contrat au motif des droits acquis (*29 juin 1869, Commune d'Aix-en-Othe, p. 644*).⁵

Une justification supplémentaire s'est trouvée dans l'approfondissement conceptuel du recours pour excès de pouvoir. Le contentieux d'excès de pouvoir s'affirmant peu à peu comme le contentieux de la légalité objective, le contrat, conçu comme étant à l'origine de droits purement subjectifs, en a été assez logiquement exclu. Cette idée, a mis un certain temps à s'imposer, mais elle nous paraît s'être déployée concomitamment au recours pour excès de pouvoir lui-même et avec la même vigueur. On la trouve à l'origine de nombreuses solutions jurisprudentielles réfutant tout contentieux de la légalité en matière contractuelle. C'est vrai tant pour la question qui nous occupe du recours contre le contrat, que pour celle, inverse, du recours en annulation d'un acte fondé sur la violation d'un contrat (*Ass. 8 janvier 1988, Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/Communauté urbaine de Strasbourg, p. 2*).⁶

Vous le constatez, l'irrecevabilité du recours des tiers contre le contrat est la conséquence directe des conditions dans lesquelles les contentieux ont été classés à la fin du XIX^{ème} siècle. Mais nous pensons que les considérations très contingentes propres à cette opération d'administration de la justice, imaginée et conduite par vos prédécesseurs, se sont trouvées relayées, avec le temps, par des considérations plus théoriques, plus solides aussi, ayant trait à la notion même de contrat et à ses rapports avec la légalité.

Quoi qu'il en soit, ce principe d'irrecevabilité, s'il est toujours fortement présent dans votre jurisprudence, a connu jusqu'à aujourd'hui des tempéraments importants. Nous croyons possible d'en distinguer quatre que nous n'évoquerons pas dans l'ordre chronologique.

Il faut en premier lieu citer les décisions par lesquelles vous avez admis que le juge administratif puisse annuler un contrat d'une collectivité locale sur déféré du préfet (*2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff, T., p. 659*). Vous avez précisé ultérieurement que ce recours devait être regardé comme un recours pour excès de pouvoir (*Section, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie (Réunion), p. 302*,

⁴ Cette idée se trouve déjà sous la plume de Laferrière selon qui « ...lorsque l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits avec lesquels il s'est combiné et uni de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres, le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits et à qui, souvent, le contentieux de ces contrats n'appartient pas, doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question... » (Traité de la juridiction administrative, T. II, p. 441).

⁵ Dans le même sens : conclusions du commissaire du gouvernement David sur 2 mars 1877, Institut catholique du Nord, p. 221.

⁶ Sur cette question, M. Waline écrivait dans une note parue en 1926 : « Le contrat n'est pas une règle de droit dont la violation puisse constituer, par elle-même, l'excès de pouvoir, qui ne peut jamais être que la violation d'une règle de droit objectif (d'une loi ou d'un règlement) » (note sous CE 5 janvier 1924, « Cie industrielle du gaz et de l'électricité contre Compagnie de Remiremont, D. 1926.III.45)

concl. H. Legal, RFDA 1991.966)⁷. Il résulte de cette jurisprudence que contrairement aux principes les mieux établis, un tiers au contrat, le préfet, peut obtenir du juge de l'excès de pouvoir l'annulation de ce contrat. Encore convient-il de ne pas exagérer la portée de cette dérogation au principe de l'irrecevabilité de l'action des tiers : le préfet n'est tout de même pas un tiers comme les autres.

Vous avez également admis - c'est le deuxième tempérament - qu'un tiers à un contrat de recrutement d'agent public était recevable à en demander l'annulation au juge de l'excès de pouvoir. C'est ce qui résulte de votre décision de *Section (30 octobre 1998, Ville de Lisieux, p. 375, concl. J.-H. Stahl au recueil et RFDA 1999.128, concl. J.H. Stahl, note Pouyaud)*. Toutefois, ainsi que cela ressort des conclusions du commissaire sur cette affaire, la solution ne vaut que pour ces contrats un peu particuliers qui, en raison de leur objet ne sont pas loin d'être de « faux contrats » plaçant les agents recrutés dans une situation très proche de celle des fonctionnaires (en ce sens *Section, Mme Rabut, 25 mai 1979, p. 231, concl. Genevois*). Aussi faut-il en déduire que vous n'avez pas entendu, par cette affaire *Ville de Lisieux*, abandonner votre jurisprudence traditionnelle. L'exception qui est ainsi aménagée, clairement circonscrite, ne fait que confirmer le principe.

Une troisième dérogation a été permise par votre décision *Cayzele (Assemblée, 10 juillet 1996, p. 274, RFDA, 1997.89, note Delvolvé)* dans laquelle vous avez admis le recours pour excès de pouvoir d'un tiers contre les clauses réglementaires d'un contrat, à la condition qu'elles soient divisibles de celui-ci. Sans vouloir minorer aucunement la portée de cette affaire, il nous semble, une fois encore, qu'en aménageant cette exception supplémentaire à l'irrecevabilité du recours des tiers dirigé contre le contrat, vous n'avez fait que confirmer la règle générale. Si les tiers peuvent demander l'annulation de certaines stipulations du contrat c'est pour le motif que l'effet de ces clauses s'étend bien au-delà des seules parties au contrat de sorte que, *mutatis mutandis*, ces clauses perdent leur caractère proprement contractuel.⁸

Le dernier aménagement au principe de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats est aussi le premier dans l'ordre chronologique. Il nous paraît le plus important. Vous l'avez conçu au début du XXème siècle en permettant au juge de l'excès de pouvoir d'annuler, sinon le contrat lui-même, au moins les actes administratifs unilatéraux qui, pris pour le préparer, s'en détachent.

Vous avez d'abord admis que les *parties* au contrat puissent saisir le juge de l'excès de pouvoir d'un recours contre l'acte détachable (*11 décembre 1903, Commune de Gorre, p. 770 ; 22 avril 1904, Commune de Villers-sur-mer, p. 324*). Après une certaine hésitation (*26 novembre*

⁷ La solution a été étendue ensuite aux contrats qui ne sont pas soumis à l'obligation de transmission (*4 novembre 1994, Département de la Sarthe, T. p. 801, AJDA 1994.898 concl. Ch. Maugüé*).

⁸ Dans un petit ouvrage paru en 1935 (*Les usagers des services publics industriels et commerciaux, Sirey, 1935, 243 p.*), Pierre Laroque, alors auditeur au Conseil d'Etat, faisait preuve, sur ce terrain aussi, d'une étonnante préscience. Avec quelques soixante années d'avance sur votre jurisprudence, il écrivait, concernant les concessions de service public, elles « comportent à côté de stipulations nettement contractuelles des dispositions réglementaires. Ne serait-il pas possible, ne serait-il pas logique d'ouvrir directement le recours pour excès de pouvoir contre ces dernières dispositions ? » (p.74).

1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, p.620), cette solution a été confirmée (*Section, 4 février 1955, Ville de Saverne*, p.73 ; *Section, 5 décembre 1958, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère*, p. 620, AJ 1959.II.57, concl. Kahn).

Puis vous avez également admis une telle possibilité pour les tiers au contrat par votre célèbre décision de principe (*4 août 1905, Martin*, p.749, concl. Romieu, RDP 1906.249, note Jèze, S. 1906.3.49, note Hauriou).

L'idée qui a présidé à cette très importante avancée jurisprudentielle est bien connue. La théorie du tout indivisible avait cet inconvénient important qu'elle laissait les tiers au contrat dans une situation fort déplaisante, aucun juge ne pouvant connaître de leur argumentation. On ne parlait pas encore, à cette époque, de droit au recours effectif mais l'idée est bien celle là, exprimée sans détour dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu qui, critiquant la théorie de l'incorporation, affirme sans détour qu'elle a « une portée singulièrement restrictive des droits du citoyen ... et peut même, dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice. »

On mesure bien l'intérêt de la théorie de l'acte détachable dans le contexte du début du XXème siècle, marqué par la séparation croissante entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction. En acceptant de connaître de l'acte administratif unilatéral indépendamment du contrat auquel il se rapporte, le juge de l'excès de pouvoir trouve le moyen d'agir librement sur l'un sans aucunement porter atteinte à l'autre. L'acte détachable, pris dans son « individualité » comme disait Hauriou, peut être annulé, disparaître donc de l'ordonnancement juridique, sans que le contrat subséquent en subisse la moindre conséquence. Le mot de Romieu est connu, presque galvaudé : l'annulation de l'acte détachable peut être purement « platonique ».

Dans la pureté conceptuelle de ses débuts, la théorie de l'acte détachable est donc d'une grande richesse. Elle a permis au Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, d'affirmer son contrôle sur l'action contractuelle de l'administration sans violer les règles les plus essentielles qu'il s'était fixé. Elle a aussi permis au juge de l'excès de pouvoir, en contournant le contrat, de mieux le connaître. C'est toute la subtilité de cette construction intellectuelle très remarquable que d'avoir permis au juge administratif d'aller très loin sans paraître bouger d'un pouce.

* *
*

II.

Une jurisprudence si ancienne, qui a atteint un tel degré de sophistication, est une horlogerie délicate et concevoir le projet de la faire évoluer ou d'en modifier les équilibres peut apparaître une entreprise bien imprudente. Nous pensons, pourtant, que le moment est venu d'y penser et même d'y consentir. Nous voudrions tenter de vous en convaincre maintenant en vous faisant part des trois séries de considération qui sont susceptibles de plaider en ce sens.

Un premier groupe d'arguments se retrouvent dans les critiques que la doctrine, majoritairement et depuis fort longtemps⁹, formule à l'encontre de votre jurisprudence. Ces critiques visent tant la complexité que l'incohérence des mécanismes contentieux.¹⁰

Complexe, le système contentieux qui résulte de votre jurisprudence l'est assurément. Nous reviendrons plus en détail sur les conditions dans lesquelles, en application de la loi du 8 février 1995, le tiers peut, après avoir obtenu l'annulation de l'acte détachable, exiger que des conséquences en soient tirées sur le contrat, mais il suffit de noter à ce stade que cela peut n'aboutir qu'au terme d'une procédure fort longue, susceptible de faire appel à trois juges différents.

A cela s'ajoute, toujours sur le terrain de la complexité, qu'il n'est pas simple de comprendre et d'expliquer dans quelles conditions l'annulation de l'acte détachable entraîne des conséquences sur la validité du contrat et dans quelles conditions elle n'en entraîne pas, ou alors bien modestes. Les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, observent d'ailleurs, pour synthétiser la chose, que « les solutions sont nuancées » (15^{ème} édition, p. 97).

Votre décision du 1^{er} octobre 1993 (*Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas », p. 875*, AJDA 1993.810, concl. Pochard, RFDA 1994.248, note Pacteau) offre un tableau des conséquences possibles sur le contrat de l'annulation de l'acte détachable. Vous y rappelez ce principe déjà connu (cf. *Réponse de la Section du rapport des études du Conseil d'Etat à une demande d'éclaircissement, EDCE 1989, n°41, p. 127 et s.*, CJEG avril 1991, p. 115, note Pacteau) que l'annulation de l'acte détachable n'entraîne pas systématiquement la nullité du contrat. Mais vous ajoutez que lorsque le juge du contrat se trouve saisi d'un contrat conclu sur le fondement d'un acte unilatéral annulé, il doit en tirer des conséquences. C'est là, cependant, que les difficultés commencent car les conséquences ne sont pas toujours les mêmes et ne sont pas connues à l'avance. Selon le motif retenu pour annuler l'acte détachable et selon la nature et le degré du lien existant entre cet acte et le contrat, il y aura lieu pour le juge du contrat de constater ou non la nullité de celui-ci.

On peut être quelque peu désarçonné, avouons-le, par tant de nuances possibles et d'enchevêtrements successifs. Un tiers qui aura obtenu l'annulation d'un acte détachable pourra éventuellement obtenir que des conséquences en soit tirées par le juge du contrat. Mais à supposer, qu'il parvienne à faire en sorte que ce juge soit effectivement saisi, car lui-même ne le peut pas, un nombre important de solutions peuvent être retenues. Il ne faut pas s'étonner, dans ces conditions, que bien souvent, les conséquences ultimes de ce que notre collègue Jacques-Henri Stahl, dans ses conclusions sur la décision *Ville de Lisieux* précitée, qualifiait « d'étrange course d'obstacles » ne soient tirées dans la plupart des cas à une date à laquelle le contrat n'est plus qu'un vieux souvenir.

⁹ Cf. par exemple, la thèse de M. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945.

¹⁰ Au titre de la complexité, on ne manque jamais de rappeler cette notation de Marcel Waline, dans la quatrième édition de son *Manuel de droit administratif* (Sirey, 1946, p. 117) selon laquelle l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats est « inexpliquée et inexplicable ». M. Gonidec, dans son article déjà cité, observe cependant, avec une certaine malice, que cette appréciation a disparu de l'édition suivante de l'ouvrage. Preuve que l'on peu changer d'avis...

Au titre de l'incohérence, de nombreux auteurs estiment que la théorie des actes détachables est artificielle. Il est exact, nous l'avons dit, que la part d'artifice est très grande dans cette théorie et on ne peut nier qu'elle s'est encore accrue au fur et à mesure de son développement. Deux illustrations bien connues de ce phénomène doivent être rappelées.

Vous avez admis dès les années 30 (9 décembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, p. 1034 ; Section, 7 avril 1936 *Département de la Creuse*, p. 171 ; Section, 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, p. 22) qu'il était possible d'obtenir l'annulation d'un acte détachable non formalisé, révélé par la seule conclusion du contrat. Une telle façon de voir, qui consiste à distinguer une décision administrative unilatérale aux frontières ultimes du contrat, se conçoit assez bien sur le plan intellectuel, mais, comme l'observent les auteurs du *Traité des contrats*, elle est « à tout le moins subtile ».¹¹

Lorsqu'on s'attache aux moyens invocables à l'encontre de l'acte détachable, on est davantage encore saisi par l'artifice. Dans bien des cas en effet, le juge de l'excès de pouvoir statue plus sur la légalité du contrat que sur celle de l'acte qui est présumé s'en détacher. Vous avez en effet admis assez tôt qu'un acte détachable puisse être contesté au motif, non d'un vice propre, mais de l'illégalité du contenu du contrat auquel il se rapportait (cf. 12 juillet 1918, *Lefebvre*, p. 698 ; Ass. 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et conseil départemental du Morbihan de l'ordre des médecins*, p. 469 ; 8 mars 1985, *Association « Les amis de la Terre »*, p. 73, RFDA 1985.363, concl. P.-A. Jeanneney). De sorte qu'on a toute raison de penser, avec les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, que « le recours pour excès de pouvoir peut conduire à sanctionner le contenu du contrat, à défaut d'être dirigé contre le contrat lui-même. » (15^{ème} édition, n°16, p. 97).

Ces critiques traditionnelles, tirées de la complexité et du défaut de cohérence présumée ont leur poids, mais à notre avis elles ne justifieraient pas à elles seules une évolution de la jurisprudence. Après tout, les personnes publiques et les cocontractants vivent depuis un siècle avec cette complexité et vous savez bien qu'il est de nombreux pans du droit qui reposent entièrement sur des artifices intellectuels. Nous comprenons que cela puisse perturber les « faiseurs de systèmes ». Mais la jurisprudence pourrait sans doute s'en accommoder pour un nouveau siècle.

Une deuxième série de considérations nous paraît impliquer plus sûrement une modification de la jurisprudence. Elles ont trait aux évolutions en cours du droit communautaire.

Les dispositions des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, qui organisent le référé précontractuel, ont permis la transposition des directives communautaires dites « Recours » (n°89-665 du 21 décembre 1989 et n°92-13 du 25 février 1992). Le référé précontractuel constitue un outil particulièrement efficace pour interrompre les procédures de passation qui seraient marquées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. En l'état actuel de la jurisprudence, Le juge du référé précontractuel – outre

¹¹ Laubadère, de A., *Moderne F.*, Delvolvé P., n°1826, p. 1041, note 36.

qu'il n'a compétence que pour un certain nombre de contrats – voit ses pouvoirs s'éteindre au moment de la signature du contrat.

Il se trouve, cependant, que les autorités communautaires ont entamé une réforme des directives recours dont le contenu, d'ores et déjà connu et qui vient d'être adopté par en première lecture par le Parlement européen (cf. proposition de directive, COM(2006) 195 final), est susceptible de remettre en cause cette inviolabilité contractuelle. Sans entrer dans le détail de ce texte dont la présidence allemande a indiqué qu'elle souhaitait le voir aboutir à la fin de l'année 2007, on peut en retenir qu'il exige des Etats membres qu'ils aménagent une voie de droit nouvelle, permettant de « priver d'effet » le contrat alors même qu'il a d'ores et déjà été conclu. Deux hypothèses précises sont visées.

Le projet de directive généralise le délai dit de « standstill » qui oblige à attendre 10 jours entre la décision d'attribution du contrat et la signature de celui-ci et ajoute que tout contrat ayant été signé en violation de cette règle, c'est-à-dire sans attendre l'expiration du délai, pourra faire l'objet d'une contestation.

Par ailleurs, dans les cas de violations les plus graves du droit communautaire des marchés – la passation sans aucune mise en concurrence ni procédure de publicité d'un marché de seuil communautaire – le projet de directive prévoit la même possibilité d'action directe contre le contrat alors même qu'il aurait déjà été signé.

Ces innovations sont de nature, vous le constatez, à modifier nos habitudes de penser : elles vont nécessairement ouvrir, au bénéfice de personnes qui ne sont pas les parties au contrat, la possibilité d'atteindre directement celui-ci. Il est vrai que ce texte n'est pas encore publié. Il n'y a donc pas, au moment où nous nous exprimons, de nécessité juridique de le transposer. Il n'est cependant pas interdit, sinon de se sentir contraint à l'avance, au moins d'avoir une claire conscience du contexte dans lequel vous vous interrogez sur l'orientation générale de votre jurisprudence.

Or, à cet égard, nous croyons pouvoir faire état de ce que les discussions encore en cours sur le projet de texte ne portent plus sur le principe des deux innovations mentionnées plus haut, mais uniquement sur leurs modalités. De sorte qu'il y a à ce jour un haut degré de probabilité que ces règles nouvelles soient effectivement adoptées.

Par ailleurs, toujours au titre du droit communautaire, nous observons qu'en tout état de cause, la cour de justice des communautés européennes rendra dans quelques jours (le 18 juillet) un arrêt *Commission c/ Allemagne* (n°C-503/04) qui pourrait d'ores et déjà aller dans le sens suggéré par le projet de directive. Dans cette affaire, l'avocate générale (Mme Trstenjak) a été d'avis qu'en ne prenant pas les mesures de nature à mettre un terme à l'exécution d'un contrat qui avait été conclu en violation des règles de publicité et de mise en concurrence, les autorités allemandes avaient manqué à leur obligation de respect du droit communautaire. Cette solution particulièrement audacieuse, tant au regard des principes généraux du droit des contrats que des dispositions mêmes du droit communautaire, découlent, dans le raisonnement de l'avocate générale, de la nécessité d'assurer « l'effet utile » du droit communautaire des marchés (paragraphe 76) ainsi que l'effet « dissuasif » (§ 77) de la jurisprudence. Cela conduit l'avocate générale à en déduire que « *L'annulation [du contrat] était donc la seule solution pour éviter que la situation contraire au droit communautaire ne se perpétue.* » (§ 77).

De tout cela, nous retirons la conviction qu'en tout état de cause, l'état actuel de notre droit national ne permettra pas d'assurer ce qui sera très probablement et à court terme une obligation issue du droit communautaire. En l'état, vous êtes en effet démunis de tout moyen permettant d'envisager une action sur le contrat à la demande d'un tiers à un contrat. Les tiers qui vous saisiraient dans le cadre des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative se heurteraient inexorablement à la signature du contrat. Ils ne seraient pas recevables à saisir le juge du contrat. Ils ne pourraient davantage saisir le juge de l'excès de pouvoir de conclusions contre le contrat. Quant à leur action contre l'acte détachable, elle ne serait susceptible d'avoir des conséquences sur le contrat qu'au terme d'une procédure dont les délais seraient tels que les exigences du droit communautaire ne pourraient être regardées comme satisfaites.

La troisième série de considérations qui, à notre avis, doit vous conduire à reconsidérer votre jurisprudence est la plus fondamentale à nos yeux. Elle tient à ce que nous croyons être une forme d'épuisement de la théorie des actes détachables. Nous voyons deux symptômes à ce mal profond.

En premier lieu, le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable ne nous paraît pas répondre aux exigences minimales d'efficacité et de sécurité juridique que l'on peut attendre aujourd'hui de votre jurisprudence.

Une première illustration tient à l'impuissance du juge des référés suspension en matière contractuelle. Comme nous l'avons signalé, si un juge des référés est saisi à fin de suspension d'un acte détachable, il sera contraint de constater le non-lieu dès que le contrat est signé, c'est-à-dire qu'il n'a, en pratique, quasiment jamais le temps de statuer. Plus encore, il lui est rigoureusement impossible de suspendre la décision de signer car cette décision, qui n'a pas d'épaisseur matérielle, est entièrement exécutée au moment même où elle est révélée. Cette jurisprudence est parfaitement logique et ne nous paraît pas en elle-même critiquable. Mais on voit bien ce que peut avoir de très regrettable une telle impuissance du juge du référé suspension qui n'a pas la possibilité de purger en amont, quand il est encore temps, les vices dont serait atteinte une opération contractuelle.

On dira, il est vrai, que le référé précontractuel peut jouer ce rôle préventif. Mais c'est oublier que ce juge n'est compétent que pour le contentieux de certains contrats et qu'en outre il ne peut connaître que de certaines questions tandis que d'autres, souvent très importantes, ne ressortissent pas à sa compétence.

De tout cela, nous déduisons que depuis la création, par la loi du 30 juin 2000, du référé suspension, une insuffisance est apparue au cœur même de la théorie des actes détachables. Il existe désormais ce qu'il faut bien appeler un « angle mort », une situation dans laquelle le juge administratif ne peut malheureusement pas user d'une des armes les plus efficaces et les plus intelligentes dont le législateur l'ait doté.

Ce ne serait pas très grave si la sécurité juridique n'en pâtissait pas excessivement. Or nous pensons que de ce point de vue aussi, le maniement par le juge de la théorie des actes détachables peut en certaines circonstances ne pas donner satisfaction. Nous avons mentionné plus haut cette branche de la jurisprudence qui admet le recours pour excès de pouvoir contre la décision de signer le contrat (*Section, 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave,*

p. 1034). Dans la mesure où cette décision est virtuelle, il est rare qu'elle soit publiée. Or en l'absence de publication, les délais de recours ne courent pas, ce qui rend la décision de signer vulnérable sans limite de temps.

Or à notre avis, on ne peut plus se satisfaire d'une telle insécurité juridique, menaçant les contrats pendant un temps infini, comme une épée de Damoclès pesant sur les parties. Il est vrai que cette épée était de bois – et d'un bois fort tendre... - au temps de Romieu, quand l'annulation de l'acte détachable pouvait demeurer sans effet sur le contrat. Mais, pour les raisons que nous allons évoquer dans un instant, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Les parties peuvent désormais se voir contraintes, du fait de l'annulation de l'acte détachable, de saisir le juge du contrat. L'épée, alors, n'est plus de bois et l'atteinte portée aux situations contractuelles que les parties croyaient solidement acquises est d'autant plus déstabilisante qu'elle peut intervenir longtemps après la signature du contrat et n'a pu être prévenue par l'intervention efficace du juge du référé suspension.

Disant cela, nous abordons déjà le deuxième symptôme d'épuisement de la théorie des actes détachables qui s'explique par les dernières évolutions de votre jurisprudence.

La place croissante du principe de légalité et les progrès de votre contrôle sur l'action administrative vous ont conduit, par une décision de Section intervenue le 7 octobre 1994 (*M. et Mme Lopez, p. 430, concl. R. Schwartz*, RFDA 1994.1090 concl. Schwartz, note Pouyaud ; AJDA 1994.914, Chr. Touvet et Stahl), à franchir une étape supplémentaire qui, à notre avis, a profondément modifié l'équilibre de la théorie de l'acte détachable. Pour la première fois en effet, saisi d'une demande en vue de l'exécution d'un jugement devenu définitif ayant annulé un acte détachable, vous avez prononcé une astreinte à l'encontre de l'administration contractante si elle ne justifiait pas, dans un délai prescrit, avoir saisi le juge du contrat – qui était en l'espèce le juge judiciaire - en vue de lui faire constater la nullité de celui-ci.

Nous ne contestons pas le bien fondé de cette jurisprudence, rendue aux conclusions conformes du Président Schwartz. Elle est la conséquence nécessaire des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 et anticipe sur celle du 8 février 1995. Du point de vue de l'autorité de vos décisions, de la place du principe de légalité et du respect de la chose jugée, l'inspiration générale de cette jurisprudence ne peut être que saluée et ne suscite pas de réserve.

Reste que, du point de vue de la place respective de l'acte détachable, du contrat et de chacun de leur juge, il faut admettre que la décision *M. et Mme Lopez* vous a fait franchir le Rubicon des contrats. Vous avez pour la première fois jeté une passerelle entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat en permettant à un tiers ayant gagné devant le premier de contraindre les parties à saisir le second. La chose est aujourd'hui devenue banale. Jamais, jusque là, un tel passage obligé n'avait été consacré car la décision Société « Le Yacht club international de Bormes-les-Mimosas » précitée ne créait d'obligation qu'à la charge du juge du contrat, pas des parties.

La décision « *M. et Mme Lopez* », si elle se borne à tirer les conséquences en matière contractuelle des pouvoirs d'injonction du juge administratif, a une portée qui la dépasse quelque peu. Par rapport à votre jurisprudence, elle est comme la dernière pierre qui, apportée à l'édifice, en rompt l'équilibre. Il n'est plus possible, après cet arrêt, d'affirmer que la décision prise à la demande d'un tiers sur la légalité de l'acte détachable pourra rester sans

effet sur le contrat. Le caractère platonique de l'annulation de l'acte détachable a volé en éclat.

Du point de vue de la sécurité juridique, nous pensons que cette situation n'est pas tenable. Etant donné les délais dans lesquels les annulations d'actes détachables peuvent intervenir, délais auxquels s'ajoutent ceux inhérents à la procédure d'exécution puis à celle devant le juge du contrat, les constatations de nullité peuvent intervenir fort tard.

A cela s'ajoute que, malheureusement, les contre-feux que vous avez allumés pour tenter de réduire les inconvénients de cette situation n'ont pas encore fait preuve de leur pleine efficacité. Vous avez très opportunément jugé (*10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, p. 501*, BJDCP 2004, n°33, p. 136, concl. Piveteau) que le juge de l'exécution, saisi par un tiers d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint aux parties de saisir le juge du contrat afin d'en constater la nullité, devait vérifier si la nullité ne porterait pas, si elle était constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général. Mais force est de constater que les juridictions font assez peu usage de cette réserve d'intérêt général et décident de façon malheureusement trop systématique que l'annulation de l'acte détachable entraîne la nullité du contrat.

Ce qui est en cause, vous le voyez, c'est l'insécurité juridique des contrats. Or l'insécurité juridique coûte et elle coûte cher. Elle est mauvaise pour la vie des affaires et elle pèse sur les finances publiques car les cocontractants de l'administration la lui font payer.

Au terme de cette présentation de l'état du droit jurisprudentiel et des motifs qui ont présidé à sa constitution et à son évolution, nous croyons pouvoir résumer les choses de la façon suivante.

Le principe selon lequel les tiers ne peuvent atteindre le contrat procède, en droit administratif, de la séparation des contentieux, règle qui doit elle-même son existence à des considérations d'abord très pragmatiques, renforcées au cours du temps par de solides éléments de théorie. Les aménagements progressivement apportés à ce principe d'inviolabilité du contrat par les tiers ont permis à ces derniers d'atteindre le contrat soit à travers des stipulations qui étaient en réalité des dispositions, soit de façon très indirecte et en tout état de cause sans risque de dommage véritable pour les droits que les parties tiennent du contrat. Dans cette première phase de son évolution, la jurisprudence s'est construite sur l'artifice que l'acte se détachant d'un contrat n'était pas le contrat lui-même. C'était un artifice nécessaire qui permettait, fut-ce au prix de solutions ou de raisonnements compliqués, de satisfaire l'équilibre entre les exigences de la légalité et la stabilité des relations contractuelles.

Mais depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence est entrée dans une seconde phase et la séparation entre juge du contrat et juge de l'acte détachable y « a perdu de sa limpidité originelle. »¹² Par le truchement d'un troisième juge, chargé de l'exécution, les tiers sont désormais en mesure de porter le fer au cœur du contrat et d'exiger jusqu'à son anéantissement. Ainsi, d'artifice, la séparation entre le contrat et l'acte détachable est assez

¹² L'expression est de L. Touvet et J.-H. Stahl, chron. précitée sur la décision M. et Mme Lopez

largement devenue une fiction. Une fiction aux effets parfois très fâcheux pour la sécurité juridique des parties susceptibles de se voir priver après un long délai des droits qu'elles tenaient du contrat.

* *
*

III.

Nous pensons que le moment est venu de tirer très naturellement et sans excès les leçons de ce glissement progressif de la jurisprudence. Notre propos est de vous en convaincre maintenant en faisant part des trois solutions qui nous ont paru envisageables. Nous procéderons en écartant rapidement les deux premières, en vous disant pourquoi nous proposons de retenir la dernière et comment nous suggérons de l'appliquer en l'espèce.

Une première solution pourrait être envisagée qui consisterait à élargir les pouvoirs du juge des référés précontractuels pour en faire une sorte de juge des référés contractuels, capable d'agir après la signature du contrat. Cette solution aurait le mérite d'une simplicité au moins apparente. Ce n'est toutefois pas celle que nous vous proposons d'adopter car elle nous paraît poser plusieurs difficultés.

D'abord une difficulté de mise en œuvre. L'état actuel de la jurisprudence, qui limite les pouvoirs de ce juge à la phase précontractuelle résulte directement des dispositions législatives du code de justice administrative. Or nous pensons que ces dispositions font directement obstacle à l'ouverture d'une action postcontractuelle par la voie jurisprudentielle de sorte que l'élargissement des pouvoirs du juge du L. 551-1 ne pourrait être opéré dans de bonnes conditions que par le législateur.

Par ailleurs, nous croyons cette solution inadaptée parce qu'elle ne lèverait que très partiellement les inconvénients du système actuel.

On doit rappeler que le juge du L. 551-1 a été conçu pour permettre de prévenir et de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il est donc parfaitement logique qu'il ne soit compétent que pour les contrats bénéficiant d'une procédure de passation organisée par le droit national ou le droit communautaire : les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat et plusieurs formes dérivées de partenariats public-privé. Il est tout aussi logique que certains moyens ne soient pas invocables devant lui parce qu'ils n'ont pas trait à la publicité ni à la mise en concurrence. Le champ d'action du référé précontractuel est donc strictement délimité par le texte : là où il n'y a pas de mise en concurrence, il n'y a pas de référé précontractuel.

Aussi, si vous vous engagiez dans la voie consistant à ouvrir au juge du L. 551-1 une possibilité d'action postcontractuelle, vous limiteriez nécessairement cette possibilité nouvelle à certains contrats et en excluriez tous les autres qui, pourtant, peuvent tenir une place importante dans la vie administrative : concessions domaniales, contrats de plan ou contrats

d'objectifs avec des entreprises ou des établissements publics,... De la même manière, vous limiteriez nécessairement le champ des moyens pouvant être invoqués dans le cadre de cette action nouvelle.

L'effort consenti sur le plan jurisprudentiel serait élevé pour un résultat finalement très mesuré. Bien sûr, vous pourriez décider d'élargir aussi la compétence matérielle de ce juge des référés contractuels en décidant qu'il peut connaître de tout moyen contre tout contrat. Outre le fait qu'une telle évolution se heurterait, à nouveau, à la rédaction actuelle de l'article L. 551-1 et qu'elle nous paraît difficile à accomplir par la voie jurisprudentielle, nous pensons qu'elle dénaturerait profondément le juge du référé précontractuel dont nous pensons qu'il doit rester ce juge efficace de la mise en concurrence, statuant en urgence et de façon préventive.

A ces considérations, il nous paraît utile d'ajouter enfin que si vous faisiez le choix d'élargir les pouvoirs du juge des référés précontractuels en lui permettant de statuer alors que le contrat a déjà été signé, cela ne pourrait se faire qu'au prix d'une modification profonde de la jurisprudence que vous avez patiemment bâtie depuis quinze ans en matière de référé précontractuel. Etant donné la souplesse qu'on attendrait nécessairement du juge à propos de contrats déjà signés, vous ne pourriez à notre avis maintenir la jurisprudence très rigoureuse, parfois taxée de formalisme, qui est la vôtre concernant les obligations de publicité et de mise en concurrence.

La deuxième solution qu'il est possible d'imaginer consiste à ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre le contrat.

Cette thèse n'est pas nouvelle. Le doyen Péquignot, auteur en 1945 d'une *Théorie générale du contrat administratif* (Ed. Pédone), proposait déjà « d'ouvrir toutes grandes au contrat administratif les portes des recours pour excès de pouvoir ».¹³ Un grand publiciste comme Prosper Weil préconisait dans sa thèse publiée en 1952 une solution assez proche consistant à « réduire à néant » tout contrat dont un acte détachable aurait été annulé (« Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir »).

Plus récemment, d'autres voix se sont aussi exprimées en ce sens, en adaptant il est vrai la solution préconisée aux nécessités du contentieux contractuel. Il apparaît en effet que les effets automatiques et rétroactifs qui s'attachent en principe à l'annulation pour excès de pouvoir paraissent peu compatibles avec la nécessaire prise en compte de la situation dans laquelle se trouvent les parties liées par un contrat. Ce type de considération conduit par exemple les professeurs Philippe Terneyre et Jean Gourdou, auteurs d'une étude remarquée, publiée en 1999 aux *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (« Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », CJEG juin 1999, p. 249) à écrire qu'« admettre un recours pour excès de pouvoir direct à l'encontre de tout acte contractuel conduirait, en vertu des principes qui gouvernent cette voie de droit, à l'automatisme redouté ». Ces auteurs, spécialistes du contentieux administratif des contrats appelaient donc à

¹³ Cité par P.F. Gonidec, *ibid.*

la modification de l'office du juge de la légalité, lui permettant de connaître, dans des conditions plus adéquates, de recours en annulation directe des contrats.

Dans le même ordre d'idée, dans ses conclusions - elles aussi très remarquées - sur la décision *Ville de Lisieux* précitée, Jacques-Henri Stahl se montrait favorable à l'ouverture, notamment aux tiers, du recours pour excès de pouvoir contre les contrats. Pour tenir compte des spécificités de la matière contractuelle, il suggérait de retenir une conception stricte de l'intérêt pour agir et de faire varier dans le temps les effets de l'annulation.

Cette dernière facilité n'était pas encore permise par votre jurisprudence puisque la décision *Ville de Lisieux*, intervenue en 1998, est antérieure de plusieurs années à votre décision *Association A.C. ! et autres (Assemblée, 11 mai 2004, p. 197, concl. C. Devys*, RFDA 2004.438 Etude Stahl et Courrèges ; AJDA 2004.1183, chron. Landais et Lenica). A contrario, on pourrait estimer aujourd'hui que les choses ont « mûri » en presque dix ans et qu'il est temps de franchir le pas du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle puisque vous disposez, avec la jurisprudence *Association A.C. !*, du moyen d'éviter les conséquences les plus dommageables d'une annulation d'un contrat. Ce n'est pourtant pas la solution que nous vous proposons. Plusieurs raisons nous retiennent de le faire.

En premier lieu, nous ne sommes pas certain que vous pourriez longtemps soutenir une conception stricte de l'intérêt pour agir, spécifique à la matière contractuelle, car la conception très bienveillante qui est la vôtre en matière d'excès de pouvoir vous conduit, bien légitimement d'ailleurs, à admettre la recevabilité d'un recours alors que l'intérêt dont se prévaut le requérant est parfois assez indirect (*Section, 14 février 1958, Abisset, p. 98, concl. Long*, AJDA 1958.2.221, chron. Fournier-Braibant).

En deuxième lieu, nous pensons qu'en égard aux effets destructeurs d'une annulation pour excès de pouvoir, vous ne pourriez l'admettre s'agissant des contrats qu'à la condition d'appliquer à chaque fois ou presque la jurisprudence *Association A.C. et autres !*. Or nous ne pensons pas que vous soyez prêt à vous lancer dans une application systématique de cette jurisprudence quels que soient par ailleurs ses atouts. Telle qu'elle a été conçue, cette jurisprudence est d'application exceptionnelle et nous ne croyons pas que, sauf à dénaturer totalement le recours pour excès de pouvoir, votre intention soit de la généraliser.

Enfin, nous pensons que le juge de l'excès de pouvoir n'est pas le juge le plus adapté pour connaître des contentieux qui se développent en matière contractuelle. Nous n'ignorons pas que d'excellents esprits estiment que l'unification des contentieux de pleine juridiction de l'excès de pouvoir est pour bientôt (Denoix de Saint Marc R., Labetoulle D., Rougevin-Baville M., Leçons de droit administratif ; Lenica F., Landais C., Chron. précitée sur la décision *A.C. ! et autres*).

Sans prendre directement parti dans ce débat, nous constatons, pour notre part, que la séparation des contentieux recouvre encore une certaine réalité dans votre jurisprudence, tout particulièrement en matière contractuelle, où la distinction entre légalité objective et droits subjectifs nous paraît avoir une certaine portée. Un contrat administratif, pour être de droit public, n'en demeure pas moins un contrat. Comme tel, nous le croyons caractérisé par les principes généraux qui inspirent le code civil ou qui y sont mentionnés. La doctrine civiliste classique rappelle à ce titre, commentant l'article 1134 du code civil, que si le contrat a « le même effet créateur de droits et d'obligations [que le la loi]...il ne l'a que dans un cercle limité, tandis que la loi s'adresse à tous les citoyens. » (J. Carbonnier, *Traité de Droit civil*, p.

148). L'idée selon laquelle, par conséquent, le contentieux contractuel ne ressortit pas naturellement au contentieux de la légalité conserve à nos yeux une certaine pertinence.

Reste une troisième et dernière possibilité, qui a notre préférence. Nous vous proposons d'admettre que certains tiers puissent, dans des conditions strictement définies, demander au juge du contrat de prononcer un certain nombre de mesures pouvant aller jusqu'à l'annulation de celui-ci.

Formulant cette proposition, nous mesurons bien ce qu'elle a d'innovant par rapport à l'état actuel de la jurisprudence. C'est pourquoi elle exige que nous l'entourions immédiatement des cinq précisions suivantes qui ont trait, successivement, au principe même de cette nouvelle voie de recours, à l'identification des tiers qui pourraient y avoir accès, aux modalités concrètes de son organisation, aux pouvoirs que détiendrait le juge du contrat et aux conséquences que l'instauration de cette voie de droit devrait nécessairement avoir sur les recours existants.

Sur le principe même de ce recours, et si l'on excepte les cas particuliers du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires et contre les contrats de recrutement ainsi que le déféré préfectoral, il est bien certain que si vous nous suiviez, vous admettriez pour la première fois une action directe des tiers devant le juge du contrat. Le principe est en effet clairement établi que le juge du contrat ne peut être saisi que par les parties (*Section, 8 novembre 1974, Epoux Figueras, p. 545*).

Cette innovation serait sensible au regard des conséquences qui s'attachent normalement au principe de l'effet relatif des contrats rappelé à l'article 1165 du code civil. Elle ne nous paraît cependant pas hors de portée si l'on veut bien considérer que la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même apporte un certain nombre de nuances et de tempéraments au principe de l'effet relatif des contrats.

Sur un plan général d'abord, il faut noter que la doctrine civiliste est traversée depuis plusieurs années par une controverse sur les limites respectives des notions de partie et de tiers au contrat, de sorte que la frontière classiquement établie entre ces deux notions centrales du droit des obligations - frontière qui déterminait celle entre l'effet obligatoire du contrat et l'opposabilité du contrat - paraît connaître quelque porosité. On ne peut rendre compte ici de la globalité et de la subtilité de cette solide discussion doctrinale qui oppose, notamment, les professeurs Jean-Luc Aubert (« A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993.263) et Jacques Ghestin (« Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ 1994.777). Retenons en simplement qu'il est aujourd'hui à peu près admis en doctrine qu'on ne peut plus s'en tenir à une définition étroite de la notion de partie à un contrat civil et qu'il existe au moins une catégorie intermédiaire entre les tiers et les parties qui comprendrait les créanciers chirographaires, les ayants cause à titre particulier et les contractants extrêmes des groupes de contrats (cf. Flour J., Aubert J.-L. *Obligations*, vol. 1^{er}, 5^{ème} éd. N°435 et s.).

Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du *6 octobre 2006 (Bull. n°9, p. 23)*, même s'il ne remet pas directement en cause le principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1165 du code civil, nous paraît aller très nettement dans ce sens. En posant pour principe que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un

dommage », l'assemblée plénière considère que des contrats peuvent naître des obligations qui s'étendent bien au-delà des seules parties. Le rapport annuel 2006 de la Cour de cassation, commentant cet arrêt, a cette formule assez éclairante : « ...cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé ». » Quant à M. Denis Mazeaud, commentant cet arrêt, il observe : « ...admettre que l'inexécution d'une telle obligation, strictement contractuelle, constitue un manquement dont un tiers peut se prévaloir pour agir en responsabilité délictuelle contre le débiteur contractuel, conduit en fait à proclamer l'identité des fautes contractuelle et délictuelle et à neutraliser la distinction des notions de « partie » et de « tiers » au contrat. » (Revue des contrats, 1^{er} avril 2007, n^o2, p. 269, Note sous Cass. Ass. Plen. 6 oct. 2006)

Au-delà de ce récent arrêt qui concerne la seule question de la responsabilité du fait de l'exécution défectueuse d'un contrat, la jurisprudence civile reconnaît en tout état de cause et depuis fort longtemps à certains tiers la possibilité d'invoquer la nullité d'un contrat. C'est le cas, d'abord, des ayants cause à titre particulier des parties au contrat, dans la mesure où leur situation est affectée par le contrat conclu. Ainsi, on considère que l'acquéreur d'un immeuble loué, alors même qu'il est tenu par l'effet de l'article 1743 du code civil de respecter le bail conclu par le vendeur, peut se prévaloir de la nullité du bail. Dans le même sens, le nu-propriétaire devenu plein propriétaire par l'extinction de l'usufruit peut demander la nullité des baux irréguliers consentis par l'usufruitier, bien qu'il soit étranger à ces baux (*Cass. ch. Réunies, 21 mai 1952, Bull. civ. ch. réunies, n^o1* ; D. 1952, p. 537, concl. Besson, Note Savatier). Les créanciers chirographaires d'un contractant sont également recevables à agir en nullité du contrat à la condition, une fois encore, que celui-ci leur porte préjudice. Enfin, la jurisprudence de la chambre commerciale reconnaît même à certains *penitus extranei* - les tiers pourtant les plus éloignés du contrat - la faculté d'invoquer la nullité du contrat (*Cass. com. 1er mars 1983, Bull. civ. IV n^o93* à propos de la nullité d'un contrat de vente conclu en violation de la réglementation du crédit, sollicitée par l'établissement financier qui avait fait l'avance des deniers). Il est vrai que les conditions de recevabilité de l'action en nullité sont définies de façon stricte par le juge civil (*Cass. req., 3 nov. 1932, DP 1932.1.181, rapp. Dumas ; CA Paris, 5 juillet 1954, D. 1954.706*) mais on ne peut les réduire à rien.¹⁴

De ces éléments de droit civil, nous retirons par comparaison qu'il ne serait pas inconcevable que des tiers à un contrat administratif puissent intervenir devant le juge du contrat. Outre que c'est par exemple l'opinion, toujours avisée, du Professeur Laurent Richer (*Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2006, cf. p. 190), il y aurait là une certaine logique. Le contrat administratif, en tant qu'il est un instrument de l'action administrative, est porteur de l'intérêt général, intérêt nécessairement plus vaste que les intérêts purement privés gouvernant les contrats civils. Nous trouverions du coup assez paradoxal que vous vous refusiez à admettre pour le contrat administratif ce que le juge judiciaire admet, même sous condition, pour le contrat civil.

A cela, nous ajouterons que l'évolution que nous vous suggérons pourrait aussi se prévaloir d'un certain nombre de précédents étrangers. Des informations que nous avons pu recueillir sur les systèmes juridiques de quelques grands pays, il résulte globalement deux idées.

¹⁴ Cf. aussi, Antoine J., « Les titulaires du recours en nullité des contrats », DA 2001.4

D'abord, la plupart des droits nationaux ont la préoccupation de préserver la stabilité des situations contractuelles. Il est du coup bien rare de trouver des systèmes, comme celui de la Colombie par exemple, dans lesquels des contrats en cours d'exécution peuvent être purement et simplement annulés dans le cadre d'une procédure d'action populaire ouverte à tous sans restriction particulière (cf. sur cet aspect du droit colombien contemporain, Juan Carlos Henao, « La défense des droits de groupe et des droits collectifs dans la responsabilité civile de l'Etat en droit colombien », in M.-J. Bernard et M. Carraud, Justice et démocratie en Amérique latine, Presses universitaires de Grenoble, 2005).

Certains pays, cependant, tout en posant comme principe la nécessaire stabilité du contrat, n'excluent pas radicalement l'action des tiers. C'est le cas par exemple aux Etats-Unis où par dérogation au principe de l'effet relatif des contrats, il est possible à un tiers – le plus souvent un concurrent évincé – de soutenir que le contrat en cours d'exécution est affecté d'un bouleversement majeur (« cardinal change ») par rapport à ce qui était prévu.

Dans les pays de l'Union européenne, les situations sont contrastées. Il est difficile d'avoir une vue extrêmement précise de chaque régime juridique national. Des pays comme l'Allemagne ou les Pays-Bas paraissent, à ce qu'il semble, fermés en l'état actuel de leur droit à toute possibilité d'action directe contre les contrats, même si la doctrine souligne que le droit communautaire va conduire nécessairement à des évolutions.

D'autres pays, cependant, ont soit anticipé sur la future directive communautaire, soit adopté des systèmes généraux ménageant une possibilité d'action pour les tiers. En Belgique, deux lois des 15 et 16 juin 2006 ont remanié le droit des marchés publics en permettant à un juge, à la demande d'un soumissionnaire lésé ou risquant de l'être, d'annuler un marché qui aurait été signé avant l'expiration du délai dit de « standstill » dont nous avons parlé. L'action peut être introduite dans les trente jours de la connaissance que le demandeur a de la conclusion du marché.

Enfin, nous relevons que l'article 40 du code du contentieux administratif portugais dispose que « les demandes relatives à la validité, totale ou partielle de contrats peuvent être introduites : ...par celui qui ayant été candidat à l'attribution du contrat soutient que les termes du contrat signé ne correspondent pas aux termes de l'appel d'offres », mais aussi, ce qui nous paraît particulièrement intéressant « par les personnes physiques et morales titulaires ou défenseurs de droits subjectifs ou d'intérêts légalement protégés auxquels l'exécution du contrat en cause peut préjudicier. »

Ces exemples montrent qu'il existe des systèmes dans lesquels la protection bien légitime des situations contractuelles n'exclut pas absolument toute action des tiers. C'est tout à fait l'état d'esprit qui est le nôtre.

La deuxième précision concerne l'identification des tiers qui pourraient accéder cette voie de droit nouvelle. Nous sommes favorable, à cet égard, à une conception restrictive de la recevabilité qui vous conduira à juger, si vous nous suivez, que ne sont recevables que les tiers pouvant justifier de droits lésés par la conclusion du contrat.

La notion de « droit lésé » utilisée ici comme une des critères de recevabilité de la nouvelle voie de droit ne vous est pas inconnue. Elle constitue même l'élément central du régime juridique de la tierce-opposition. Il est bien vrai qu'à la suite de votre célèbre décision

*Boussuge (29 novembre 1912, p. 1128, S. 1914.3.33, concl. Blum, note Hauriou, GAJA 15^{ème} édition, n°27), vous avez retenu une interprétation assez large de ce qu'il y avait lieu d'entendre par la lésion de droits. Mais le Président Odent rappelle dans son cours (p. 1010) la portée de la distinction entre droit et intérêt. La notion de droit lésé est en quelque sorte l'apanage exclusif du contentieux de pleine juridiction tandis qu'il ne trouverait pas sa place dans le contentieux de l'annulation. Il faut donc avoir du droit lésé une conception nettement plus stricte que celle retenue de l'intérêt à agir. En matière fiscale par exemple, vous jugez qu'un organisme professionnel ne peut se prévaloir d'aucun droit lésés, s'agissant d'un litige fiscal individuel opposant un de ses membres à l'administration fiscale (Ass. 2 juillet 1965, *Ministre des finances, contre Protection mutuelle des agents des chemins de fer, p.399*).*

C'est pourquoi, par dérogation au principe selon lequel seules les parties peuvent saisir le juge du contrat, nous vous proposons d'admettre que certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent. Nous insistons sur le fait que les droits dont il s'agit ici et dont le juge du contrat pourrait connaître sont nécessairement des droits de nature patrimoniale, restriction assez logique s'agissant d'un plein contentieux contractuel.

Il s'en déduit que, si vous nous suivez, ne seraient potentiellement recevables à agir devant le juge du contrat que les seuls tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat. Dans notre esprit, cela viserait les entreprises évincées de la procédure d'attribution d'un contrat, les usagers du service public en tout cas lorsqu'est en cause une délégation de service public ou un marché public de service public, ainsi que, peut-être, le contribuable local qui pourrait éventuellement se prévaloir de ce que les conditions financières d'un contrat ont des répercussions nécessaires sur ses droits patrimoniaux. En revanche, ne seraient en principe pas recevables à agir devant le juge du contrat, les tiers au contrat qui ne pourraient se prévaloir d'aucun droit de nature patrimoniale lésé par la conclusion du contrat : les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques, les syndicats, les associations, et toutes les autres personnes à qui pourtant le juge de l'excès de pouvoir pourrait reconnaître un intérêt à agir contre l'acte détachable du contrat.

La troisième série de précisions concerne les modalités concrètes d'organisation de cette nouvelle voie de droit ouverte aux tiers. A cet égard, pour les raisons de sécurité juridique que nous évoquions plus haut, il nous paraît indispensable de préciser des règles de délai de recours permettant d'abrégé de façon raisonnable la période pendant laquelle les contrats pourraient être exposés à de possibles actions des tiers.¹⁵

Nous vous proposons de juger que l'action ne serait recevable que si elle est exercée dans le délai de droit commun de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative à compter de l'accomplissement de mesures de publicité appropriées. Cela

¹⁵ Soulignons que si vous n'apportiez aucune précision en cette matière, il faudrait sans doute en déduire, par rapprochement, que seule la prescription trentenaire de l'article 2262 du code civil s'appliquerait (cf. pour l'application de cette prescription aux actions en nullité d'un marché de travaux publics : *9 juillet 1937, Commune d'Arzon, p. 680*)

suppose quelques précisions supplémentaires tant à propos du délai lui-même que des mesures de publicité qui seraient susceptibles de le déclencher.

Concernant le délai, nous ne croyons pas impossible, dans le cadre de ce recours exceptionnel des tiers, de considérer les contrats comme des « décisions » au sens de l'article R. 421-1. De plus, afin de préserver la sécurité juridique des marchés de travaux publics, il faudrait prévoir explicitement, si vous nous suivez, que la dérogation prévue par l'article R. 421-1 concernant la matière des travaux publics ne vaut pas concernant la voie de recours nouvelle que nous vous proposons d'instaurer. La précision nous paraît nécessaire car il ressort de votre jurisprudence que les "demandes en matière de travaux publics" à l'égard desquelles la forclusion ne joue pas sont, comme ce serait le cas pour cette nouvelle voie de droit, les demandes de plein contentieux (*Section, 22 octobre 1976 "Société compagnie française Thomson-Houston Hotchkiss Brandt", p. 437, concl. Braibant ; cf. aussi cours du Pt Odent, p. 1031*).

Concernant les mesures de publicité, nous pensons qu'il faut retenir une solution à la fois simple et souple permettant aux collectivités publiques qui signent des contrats de faire courir le délai de recours dans de bonnes conditions. Il ne paraît pas envisageable, à la fois pour des raisons matérielles mais aussi, sans doute, pour des motifs tenant au secret des affaires, d'inciter les collectivités publiques à publier les contrats qu'elles signent. Nous pensons, toutefois, que le délai pourrait courir à compter de la date de publication de la décision de signer le contrat, publication qui mentionnerait également le lieu où le contrat lui-même serait consultable. Vous admettez tout à fait ce type de publication par référence (*30 juillet 2003, Société des agrégés de l'université, T. p. 644*). On pourrait aussi imaginer des modalités de publicité plus sommaires – comme un simple affichage – concernant des contrats très modestes, tels que la plupart des marchés passés selon la procédure dite adaptée. Notons au passage que la publication de la décision de signer aurait avantage de matérialiser cette décision, ce qui éviterait les conséquences fâcheuses de la jurisprudence issue de la décision *Chambre de commerce de Tamatave*.

Nous pouvons en venir à la quatrième série de précisions qui concerne les pouvoirs du juge qui serait ainsi saisi d'un recours des tiers. Il est à notre avis important que ce juge de plein contentieux puisse faire autre chose que, simplement, décider la résiliation voire la résolution du contrat. Si l'on veut qu'il soit un instrument efficace, permettant aux tiers de contester la validité du contrat pour faire valoir leurs droits, tout en garantissant du mieux possible les droits des parties, il nous paraît nécessaire de lui confier le plus grand éventail possible de pouvoirs. Ce juge devrait donc pouvoir tout aussi bien prononcer la résiliation du contrat, modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation ou accorder des indemnisations en réparation des droits lésés. En dernière extrémité, devant un vice d'une particulière gravité – par exemple ceux que vise le projet de directive « Recours » - il devrait également pouvoir annuler le contrat, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé. Ainsi pourvu de très larges pouvoirs, le juge du contrat pourrait, au cas par cas, prendre en considération les conséquences sur l'intérêt général des mesures qu'on lui demande de prononcer.

Une telle attitude, qui se défie des conséquences brutales d'une mesure juridictionnelle trop radicale, ne serait d'ailleurs pas sans précédent dans votre jurisprudence. Avant la décision Institut de recherche pour le développement, précitée, vous en avez décidé de même à propos des conséquences de l'annulation d'une décision de préemption (*Section, 26 février 2003, M. et*

Mme Bour, p. 59) ou d'une décision révélant l'implantation irrégulière d'un ouvrage public (*Section, 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, p. 21, concl. Maugüé*). Dans ces deux affaires, vous avez jugé que les dispositions à prendre pour l'exécution de la chose jugée devaient prendre en considération le caractère éventuellement excessif des conséquences sur l'intérêt général.

Reste une cinquième et dernière précision importante concernant la combinaison de cette voie de recours avec les autres recours existant en matière contractuelle. Dans la mesure où il concernerait uniquement les tiers, nous ne pensons pas que l'instauration de ce nouveau recours soit susceptible d'avoir quelque influence sur les possibilités d'action ouvertes aux parties en l'état actuel de la jurisprudence.

Il n'en va pas de même, en revanche, concernant les possibilités qu'en l'état actuel de la jurisprudence vous reconnaissez aux tiers.

La question se pose d'abord des tiers qui entreraient dans le champ d'application du nouveau recours parce qu'ils pourront justifier de droits patrimoniaux lésés. Il nous semble raisonnable, les concernant, d'estimer qu'ils ne seront plus recevables à demander l'annulation de l'acte détachable au juge de l'excès de pouvoir. La solution nous semble logique : dès lors que vous considérez que comme « tiers intéressés », ils ont des droits potentiellement lésés du fait de la conclusion du contrat, ce qui justifie une action directe contre lui, il n'est plus utile que vous leur permettiez d'user de la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte détachable, support du contrat. Nous nous permettons d'insister sur le fait que, si vous nous suivez, c'est une grosse partie du contentieux de l'acte détachable – celui qui émane des entreprises évincées - qui devrait ainsi disparaître au profit du contentieux de pleine juridiction portant sur le contrat.

La question se pose ensuite, des tiers qui, en raison de leur qualité, ne pourront justifier d'un droit lésé et seront ainsi irrecevables à critiquer le contrat. Il ne nous paraît ni souhaitable, ni même d'ailleurs possible en raison du principe général du droit qui s'attache à l'existence d'une voie de recours effectif contre les actes de l'administration (*Ass. 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, p. 110, RDP 1951.478, concl. Delvolvé, note M. Waline ; voir aussi CC, décision n°93-335 DC du 21 janvier 1994, p. 40*) de leur retirer la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte détachable du contrat. Si vous nous suivez, cette voie devra donc leur rester ouverte. Il faudra cependant que les juridictions du fond appliquent complètement votre jurisprudence précitée *Institut de recherche pour le développement* en ne déduisant pas systématiquement de l'annulation d'un acte détachable la résiliation ou même la résolution du contrat. A cet égard, l'attitude prudente - s'appuyant sur les conséquences dommageables pour l'intérêt général d'une mesure trop radicale visant le contrat - qui sera celle, si vous nous suivez, du juge du contrat saisi par un tiers, devra nécessairement inspirer celle du juge de l'exécution tirant les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

Enfin, si vous nous suivez, vous pourrez admettre, ce qui ne serait pas le moindre des atouts de la solution, que dans la mesure où certains tiers deviendraient recevables à critiquer le contrat, ils retrouveraient du coup la possibilité d'accompagner cette action au fond d'une demande de référé suspension, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Il nous semble en effet que le recours contestant la validité du contrat dont nous vous proposons de consacrer l'existence doit pouvoir être regardé sans grand effort

comme la « requête en annulation ou en réformation » dirigée contre une « décision administrative » mentionnée par l'article L. 521-1.

Parvenu à ce stade de notre propos, une prudence élémentaire, en même temps qu'une certaine humilité, commanderaient sans doute que nous nous arrêtions là en vous proposant d'appliquer enfin au cas de l'espèce les principes qui viennent d'être définis. Nous craignons, cependant, de devoir abuser encore un peu de votre patience car la présente affaire pose une deuxième question. Bien qu'elle-même non dénuée d'une certaine portée, elle nous retiendra, rassurez-vous, moins longtemps.

Si vous nous suivez et décidez de créer cette nouvelle voie de droit, la solution à laquelle vous parviendrez est susceptible d'avoir des conséquences procédurales très importantes pour le contentieux de l'ensemble des contrats administratifs. Les conditions d'accès au juge des différentes catégories de requérants pourraient se trouver substantiellement modifiées, certains requérants pouvant par exemple agir en référé suspension quand ils ne le pouvaient pas, mais se voyant en contrepartie fermer la voie du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

La solution présente donc deux caractéristiques : elle modifie fortement les modalités d'accès au juge pour de nombreux justiciables et bouleverse des habitudes bien ancrées. C'est pourquoi nous nous sommes demandé s'il n'y aurait pas lieu, dans ces conditions tout de même très particulières, de prévoir que le changement de jurisprudence auquel nous vous suggérons de procéder ne produira d'effet qu'à compter d'une date déterminée.

Les termes de cette question, dite de la modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence, sont bien connus, d'autant mieux d'ailleurs qu'un certain effet de mode s'est emparé de ce débat depuis quelques temps.

Le principe est bien sûr, que la jurisprudence fait corps avec la règle qu'elle interprète de sorte que lorsque la jurisprudence change, ce changement est réputé révéler un état de la règle qui est censé avoir toujours existé. La jurisprudence repose donc sur cette incroyable fiction, digne du « Guépard » de Visconti et Tomaso di Lampedusa, qui veut que rien ne change lorsque tout change.¹⁶ Dans cette perspective, la rétroactivité de la règle jurisprudentielle est la pierre de touche qui conditionne l'exercice jurisprudentiel lui-même. C'est le principe supérieur qui permet au juge, lorsqu'il modifie l'interprétation d'une règle, de prétendre qu'il n'en fixe pas de nouvelle.

C'est l'enseignement des grands juristes contemporains. Jean Carbonnier affirme sans ambages dans son *Introduction au droit civil* (PUF, Themis, juillet 2002) que « le revirement jurisprudentiel est rétroactif par nature » tandis que Jean Rivero, dans l'article célèbre publié à

¹⁶ La citation exacte est la suivante : Tancredi dit à Fabrizio, prince de Salina : « Si nous ne sommes pas là, nous non plus, ils vont nous arranger la République. Si nous voulons que tout reste tel que c'est, il faut que tout change. Est-ce clair ? »

l'AJDA en 1968 (« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968.15) prévient que la jurisprudence est « rebelle par nature » au principe de non-rétroactivité et que « prétendre l'y soumettre serait ipso-facto en tarir la source. »

Il n'en demeure pas moins que la réflexion s'est intensifiée dans les années récentes pour porter sur les effets que pouvaient avoir des changements importants de jurisprudence, ce qu'il est convenu d'appeler des « revirements ». Le point de départ de cette réflexion, qui figure très nettement dans le rapport remis au premier président de la Cour de cassation par le groupe de travail présidé par le professeur Nicolas Molfessis, est que plus personne ne conteste vraiment que la jurisprudence, surtout en droit administratif, soit une authentique source de droit.

Dès lors, il a paru naturel de s'interroger sur les conditions dans lesquelles pouvaient être modifiées ces règles d'origine jurisprudentielle. En particulier, de nombreux auteurs ont insisté sur les conséquences « néfastes » que le changement brutal d'interprétation d'une règle pouvait avoir. Les conclusions du rapport précité - qu'une très importante production doctrinale a accueilli et accompagné - invitaient ainsi la Cour de cassation à moduler dans le temps les effets des revirements de sa jurisprudence.

La haute juridiction a d'ailleurs franchi ce pas par un arrêt de son *Assemblée plénière du 21 décembre 2006 (n°00-20.493)* par lequel elle a jugé qu'on ne pouvait appliquer à une personne une obligation procédurale qui ne s'est imposée qu'en raison d'un revirement de jurisprudence intervenu postérieurement à l'introduction par cette personne de l'action judiciaire, c'est-à-dire à une date à laquelle elle ignorait tout de l'obligation qui allait peser sur elle. La cour relève expressément que l'effet rétroactif de la jurisprudence aurait eu pour conséquence, s'il n'y avait pas été fait obstacle, de priver la personne d'un procès équitable, au sens de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme n'est elle-même pas insensible aux conséquences, sur le respect dû à l'article 7 de la convention, qui peuvent être celles d'un revirement de jurisprudence (*CEDH 13 juin 1979, Marcks c/ Belgique*) ou, de ce qu'elle appelle « l'absence de prévisibilité raisonnable d'une règle jurisprudentielle » (*CEDH, 10 octobre 2006, Pessino c. France*, Dalloz 2007.124, note D. Roets).

Mais c'est surtout la Cour de justice des communautés européennes qui, d'abord par son arrêt *Defrenne (8 avril 1976, 43/75, p. 455, point 75)* puis, plus récemment par un arrêt tout à fait explicite *Société des produits du maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects (27 février 1985, 112/83, p. 719, points 16-18)* a affirmé la possibilité qu'elle se réservait de ne tirer des conséquences d'une interprétation nouvelle à laquelle elle se livrait qu'à compter d'une date déterminée, cela, « à titre exceptionnel » et pour « d'impérieuses considérations de sécurité juridique ».

Dans ce contexte relativement fourni, vous êtes pour l'instant demeuré sur la réserve. Dans une décision du *14 juin 2004 (SCI Saint-Lazare, T. p. 564)*, vous avez écarté le moyen tiré de ce qu'un principe de sécurité juridique ferait obstacle à la portée normative et rétroactive de la jurisprudence. Vous avez confirmé cette solution dans une décision *Société Placoplâtre (12 octobre 2005, T. p. 1032)*. Enfin, plutôt que de décider, comme l'y incitait notre collègue Yves Struillou, de moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, votre Section

du contentieux a préféré ne pas procéder à ce revirement (*Section, 10 mars 2006, Société Leroy Merlin, p. 118*).

Vous ayant présenté les principales données de cette question, il nous faut vous dire maintenant que l'idée selon laquelle le juge administratif pourrait déterminer la date d'entrée en vigueur d'une règle jurisprudentielle nouvelle ne suscite pas de notre part une adhésion empressée. A vrai dire, nous serions même plutôt porté à vous recommander d'écarter cette idée.

Si nous ne sommes pas très favorable au principe de la modulation, c'est parce que nous pensons qu'elle est susceptible de heurter des principes particulièrement importants qui régissent, dans notre système institutionnel, les pouvoirs des juges. A cet égard, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le juge qui a fixé une règle jurisprudentielle nouvelle pourrait ne pas l'appliquer au litige dont il est saisi. Une telle façon de procéder, qui consiste en fait à s'abstraire du litige et du justiciable en les regardant seulement comme les supports fortuits d'une construction intellectuelle autonome, nous semble peu compatible avec ce qu'est l'office d'un juge et avec la règle figurant à l'article 5 du code civil.

A nos yeux, l'office du juge est toujours de régler les litiges particuliers qui sont portés à son attention, en confrontant les données de chaque espèce à la règle de droit. Or prétendre régler un litige donné en lui faisant application de l'ancienne règle de droit, ou ce qui revient au même, dégager une nouvelle règle et décider de ne pas l'appliquer, c'est à notre avis, ne pas remplir pleinement un office de juge. Autant nous n'avons pas de mal à considérer que le juge puisse avoir un pouvoir normatif pour créer des règles de droit par sa jurisprudence, autant nous pensons qu'il n'a pas la légitimité de décider à quel litige il applique cette règle. C'est, pour le dire avec les mots de Rivero, qu'on « ne saurait concevoir une dissociation ente création et application [de la norme juridique]... ».

A cet égard, la solution consistant à dégager une règle nouvelle pour ne pas l'appliquer à l'espèce nous paraît difficilement compatible avec la prohibition des arrêts de règlement prévue à l'article 5 du code civil, et nous n'avons aucun doute pour penser que cette prohibition s'applique également au juge administratif dans la mesure où, si la disposition a été introduite dans le code de 1804, la première interdiction des arrêts de règlement résulte de la loi des 16 et 24 août 1790 (cf. Bernard Beigner, « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989.45).

Vous ayant fait part de ces éléments marquant, vous le constatez, une certaine réserve de notre part, nous nous sentons d'autant plus libre de vous exposer maintenant les considérations qui nous conduisent en l'espèce, à vous proposer, à titre exceptionnel, de déterminer la date d'entrée en vigueur du changement jurisprudentiel. Ces considérations sont très liées aux caractéristiques particulières de l'espèce.

Nous pensons que si la mise en œuvre d'un pouvoir de modulation peut se justifier en l'espèce, c'est en raison des conditions dans lesquelles cette affaire se présente. La nature de l'innovation jurisprudentielle proposée nous paraît en effet se prêter tout particulièrement à une modulation de ses effets dans le temps. Elle concerne une question de pure procédure administrative contentieuse et est susceptible, si l'on n'y prend garde, de créer un certain désordre dans une matière – le contentieux des contrats – qui s'y prête sans doute encore plus mal que les autres. A cet égard, nous observons que lorsque vous avez récemment dégagé l'existence du principe général du droit de la sécurité juridique, vous l'avez fait dans une

espèce où sa violation résultait, précisément, de conséquences jugées excessives sur des situations contractuelles légalement instituées (*Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, p. 154*).

A cela s'ajoute l'idée toute simple que lorsqu'une nouvelle voie de recours est créée ex-nihilo, le bon sens est sans doute de prévoir, pour éviter les pièges procéduraux et les effets d'aubaine, les conditions de son entrée en vigueur. C'est par exemple ce que fit le Conseil constitutionnel lorsque, après avoir créé un recours en rectification d'erreur matérielle pour le contentieux électoral dont il avait à connaître, il a modifié son règlement de procédure par une décision du 24 novembre 1987, pour définir les modalités d'application dans le temps de cette nouvelle procédure.

Ce que nous vous suggérons de faire en l'espèce n'est, au fond, pas si différent.

C'est pourquoi, tout en réservant la question de savoir s'il faudrait moduler les effets d'une jurisprudence nouvelle portant sur l'interprétation d'une disposition de fond, nous pensons qu'en l'espèce il n'est pas impossible et qu'il est peut-être même opportun de décider vous-même du moment de l'entrée en vigueur des nouveaux principes jurisprudentiels.

Concrètement, nous vous proposons de juger que les principes nouveaux ne seront appliqués que pour les litiges concernant des contrats dont la procédure de passation aura été engagée postérieurement à la date de lecture de votre décision.

Par ailleurs, pour les raisons que nous avons évoquées, nous ne sommes pas favorable à toute solution qui consisterait pour le juge à s'abstraire des données concrètes du litige. C'est pourquoi si, comme nous vous le suggérons, vous vous engagez avec prudence dans la voie de la modulation, en décidant que les principes nouveaux n'entreront en application qu'à compter d'une certaine date, nous pensons fermement que cette modulation ne doit pas jouer pour l'affaire de l'espèce ni davantage pour les litiges qui auraient été engagés à la date de lecture de votre décision. En clair, à supposer que vous fassiez vôtres les nouvelles règles relatives aux recours contre les contrats, nous vous engageons à les appliquer en l'espèce à la société Tropic travaux signalisation. Une telle façon de faire, qui serait comparable à ce que fait, pour sa part, la Cour de justice des communautés européennes, ne serait pas défavorable, globalement, à cette société.

Au bénéfice de l'ensemble des remarques qui précèdent, nous croyons raisonnable d'en venir enfin au litige pour lui appliquer les principes que nous avons proposé de dégager.

Il vous suffira alors de constater que l'entreprise requérante, qui a été évincée de la procédure de passation du marché, pouvait, en cette qualité, se prévaloir de droits lésés de nature patrimoniale. Elle était donc parfaitement recevable à contester devant le juge du contrat la validité de celui-ci. En rejetant comme irrecevables les conclusions visant à la suspension du marché, sans rechercher si la société requérante pouvait justifier de droit lésé ni en tirer de conséquence sur les conclusions visant les actes détachables, le premier juge a donc commis une erreur de droit qui nous paraît de nature à entraîner l'annulation de toute l'ordonnance.

L'article L. 821-2 du code de justice administrative vous conduira à régler l'affaire au titre de la procédure de référé. Vous êtes saisi des conclusions de la société requérante qui demandaient la suspension tant des actes détachables que du marché.

Concernant le marché, il vous suffira de relever que le seul moyen présenté par la société requérante, tiré du détournement de pouvoir, n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de l'opération contractuelle.

Concernant les actes détachables, nous vous proposons de faire jouer l'exception de recours parallèle dont il a été question plus haut. La société étant recevable, dans le système que nous proposons, à contester la validité du marché, elle ne l'était plus pour demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation des actes détachables. Il en résulte que les conclusions de suspension visant ces actes doivent être rejetées (*11 mai 2001, Commune de Loches, T. p. 1099*).

Ceci devrait vous conduire à rejeter la demande présentée par la société devant le premier juge.

La chambre de commerce et d'industrie présente des conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1. Mais nous pensons qu'il n'y aura pas lieu d'y faire droit.

* *
*

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

Pour finir, nous n'essaierons pas, comme il arrive parfois que vos commissaires du gouvernement le fassent à ce pupitre, de vous dire que l'évolution jurisprudentielle à laquelle nous vous suggérons de procéder aujourd'hui n'est qu'un modeste ajustement, le petit pas qui viendrait s'ajouter à ceux déjà franchis récemment. Nous aurions assez peu de chance de vous en convaincre. Si nous nous sommes permis de retenir aussi longtemps votre attention c'est que l'évolution jurisprudentielle en cause dans la présente affaire n'est pas mince. Elle concerne une importante règle d'organisation du contentieux administratif des contrats et si vous nous suivez, vous modifierez l'équilibre de solutions jurisprudentielles acquises parfois depuis un siècle au moins. Mais pour les raisons que nous avons indiquées, cette évolution nous paraît aussi nécessaire que raisonnable, d'autant plus raisonnable d'ailleurs, que vous accepterez d'y consentir au prix d'une innovation supplémentaire, importante certes mais, nous y insistons, cantonnée.

PCMNC

- à l'annulation de l'ordonnance du 2 mars 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre ;
- au rejet des conclusions de la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe devant ce juge ;
- au rejet des conclusions de la Chambre de commerce et d'industrie tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.