

Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion

Audience solennelle du 1^{er} décembre 2011

Intervention de Mme Sabine ENCONTRE, rapporteur public de la 2^{ème} chambre

Une 2^{ème} chambre a été créée au sein de ce tribunal en début d'année 2009. Elle traite principalement les matières contentieuses suivantes : fonctionnaires et agents publics, marchés publics et contrats, travail, santé publique, étrangers, travaux publics, professions, élections, pour ne citer que les contentieux les plus importants en nombre.

Parmi les matières dont sont ainsi appelés à connaître les magistrats de la 2^{ème} chambre, le contentieux contractuel, qui remplit assez largement les rôles d'audiences, mérite, nous semble-t-il, d'être évoqué à l'occasion de cette audience solennelle, pour tenter d'en dresser un panorama actualisé, au regard des évolutions considérables qu'il a connues en quelques années tant en ce qui concerne les voies contentieuses que les pouvoirs du juge du contrat.

Selon la classification classique des contentieux administratifs, le prétoire du juge du contrat n'était ouvert qu'aux parties contractantes. Lorsqu'une condition de validité du contrat faisait défaut, le juge, saisi par voie d'action ou par voie d'exception dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution du marché, constatait, si besoin d'office, la nullité du contrat qui préexistait à sa saisine, les moyens tirés de l'irrégularité du contrat, qu'ils soient relatifs à la procédure de passation du marché ou au contenu de ses clauses, étant considérés comme d'ordre public. Le litige ne pouvant plus être réglé sur le terrain contractuel, les parties devaient alors invoquer la responsabilité quasi-contractuelle et/ou la responsabilité quasi-délictuelle de leur cocontractant.

Les tiers au contrat pouvaient seulement saisir le juge de l'excès de pouvoir pour contester la légalité des actes qui se détachaient du contrat. L'annulation de tels actes restait toutefois dépourvue d'effet direct sur le contrat puisque les tiers n'avaient pas la possibilité de saisir le juge compétent pour que soient tirées les conséquences de l'annulation qu'ils avaient obtenue.

Le seul tempérament autorisé à cette règle, lorsque les conditions étaient réunies, était l'action en nullité contre le contrat exercée par un contribuable au nom de la collectivité qui l'avait conclu, et sa seule exception résultait des lois de décentralisation de 1982, le préfet pouvant déférer les contrats devant le juge de l'excès de pouvoir, dans le cadre du contrôle de légalité.

L'institution du juge de l'exécution par les lois du 16 juillet 1980 et du 2 février 1995 a quelque peu changé la donne : les tiers ayant gagné devant le juge de l'excès de pouvoir mais confrontés au refus des parties de saisir le juge du contrat, ont pu alors revenir devant le juge de l'excès de pouvoir pour lui demander d'annuler ce refus et de contraindre le pouvoir adjudicateur de saisir le juge compétent pour que soient tirées les conséquences de l'illégalité de l'acte détachable sur la validité du contrat.

Une telle procédure, qui suppose la saisine successive de 3 juges et s'apparente à un véritable parcours du combattant, ne permettait pas de garantir la défense des intérêts des tiers lésés par le contrat. Par ailleurs, la constatation de nullité automatique par le juge, dès lors qu'il était en présence d'une irrégularité affectant le contrat, ne satisfaisait pas à l'impératif de sécurité juridique des relations contractuelles.

C'est sous l'impulsion des exigences du droit communautaire que s'est engagé un grand mouvement de rénovation du contentieux contractuel. Il s'est caractérisé par l'institution de nouvelles voies de recours efficaces pour garantir le respect des règles de non discrimination dans le domaine de la commande publique, par lesquelles les candidats évincés d'une procédure d'attribution d'un marché ou d'une délégation de service public peuvent obtenir rapidement l'annulation de la procédure de passation du contrat et, même, l'annulation de cet acte. Parallèlement, il a conduit à une redéfinition de l'office du juge du contrat pour lui permettre de rétablir la légalité par des mesures appropriées à la gravité des manquements commis, sans porter une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants.

La 1^{ère} grande innovation dans le contentieux des contrats a bien entendu été l'introduction du référé pré-contractuel dans le droit interne par la loi du 4 janvier 1992. Ouverts aux candidats potentiels à l'attribution du marché - et au préfet lorsque le contrat est conclu avec une collectivité territoriale ou un établissement public local -, ce référé a surpris par son originalité puisqu'il ne se rattachait à aucune des catégories habituelles de la procédure administrative

contentieuse, qu'il ne prévoyait pas de condition particulière d'urgence et qu'il permettait au juge, en lui accordant des pouvoirs dont n'avait jamais disposé jusque là le juge administratif, de prendre les décisions, provisoires ou définitives, pour supprimer ou corriger les manquements aux règles de la publicité et de la mise en concurrence, sans être tenu par les conclusions des requérants. Conçu comme un mécanisme correcteur permettant de sanctionner rapidement les violations aux règles communautaires, ce référé a rencontré un succès croissant auprès des opérateurs économiques en raison de son efficacité dès lors qu'il permet d'agir en amont de la signature du contrat, le juge se prononçant dans un délai contraint durant lequel le contrat ne peut être signé.

L'instrumentalisation de ce référé par certaines entreprises a toutefois conduit le Conseil d'Etat, dans l'arrêt SMIRGEOMES du 3 octobre 2008, à abandonner la conception extensive de l'intérêt à agir et des moyens invocables qu'il avait retenue initialement : il appartient désormais au juge de rechercher si, eu égard en particulier à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, les manquements allégués sont susceptibles d'avoir lésé ou de léser les candidats évincés qui les invoquent.

Par ailleurs, la tentation étant grande, pour certaines personnes publiques, de priver les candidats évincés de la possibilité d'exercer le recours précontractuel en ne respectant pas le délai de « stand still » entre la décision de passer le contrat et sa signature, un 2^{ème} recours juridictionnel a été mis en place par les institutions européennes pour conforter l'efficacité du référé précontractuel et éviter son contournement. Introduit en droit interne par l'ordonnance du 7 mai 2009, le référé contractuel donne de larges pouvoirs au juge, allant de l'infliction de pénalités financières à l'obligation, dans certaines hypothèses de manquements particulièrement graves visées à l'article L. 551-18 du code de justice administrative, de prononcer la nullité du marché. Ce recours est ouvert, après la signature du contrat, aux candidats évincés qui établissent qu'il n'ont pu exercer le référé précontractuel du fait de la personne publique et que les manquements commis ont affecté leurs chances d'obtenir le marché. Au cours de l'année qui vient de s'écouler, le Tribunal a été saisi de 42 dossiers de référés précontractuels ou contractuels dont la plupart ont été rejetés, faute pour les requérants d'établir que les manquements invoqués étaient susceptibles de les avoir lésés.

Parallèlement à ces recours en référé ouverts aux concurrents évincés, le Conseil d'Etat, anticipant sur la directive de 2007, a institué, par son arrêt d'assemblée du 16 juillet

2007, Société Tropic Travaux Signalisation, un nouveau recours de plein contentieux permettant aux candidats malheureux de contester la validité du contrat, ce qui a permis de simplifier la voie contentieuse qui leur était ouverte et de renforcer l'efficacité de leur action en leur permettant d'atteindre directement le contrat, ce recours devant être présenté dans le délai de 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité de l'acte. Les candidats évincés ont ainsi été considérés comme des « tiers intéressés » au contrat, susceptibles d'avoir été lésés dans leurs droits subjectifs et recevables, de ce fait, à en contester la validité devant le juge du contrat.

Il n'a pas pour autant été mis fin à la théorie des actes détachables puisque le recours pour excès de pouvoir reste la voie contentieuse ouverte aux tiers dont les intérêts patrimoniaux ne sont pas susceptibles d'être affectés par le contrat.

En revanche, cette voie de recours a été définitivement fermée aux concurrents évincés d'une procédure de passation de marché engagée après la date de lecture de l'arrêt. Les habitudes étant bien ancrées, la 2^{ème} chambre de ce Tribunal a encore eu à connaître, en 2011, de recours formés par des concurrents évincés contre des actes détachables du contrat alors que la procédure de passation du marché en cause avait été engagée postérieurement au 16 juillet 2007.

L'action en contestation de validité du contrat peut être assortie, en cas d'urgence, d'une demande en référé tendant à la suspension de l'exécution de l'acte, ce qui la rapproche du référé contractuel. Toutefois, ces actions ne se recouvrent pas, le référé contractuel ayant pour but de faire cesser rapidement les effets d'un contrat conclu en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence alors que l'action en contestation de validité du contrat permet au requérant, d'une part, d'invoquer, sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, des illégalités autres que celles qui sont seules invocables dans le cadre du référé contractuel - et notamment les conditions dans lesquelles le consentement de la personne publique a été donné ou encore l'objet du contrat - et, d'autre part, de présenter des conclusions indemnitaires.

Ces nouveaux outils juridictionnels qui permettent de sanctionner rapidement et efficacement les irrégularités - fort nombreuses - dont est susceptible d'être entachée la procédure de passation du contrat en autorisant les tiers intéressés à atteindre directement le contrat illégal,

ont été conçus pour garantir, dans le temps, la sécurité juridique, principe général du droit communautaire. Et si la Cour de justice a reconnu dans son arrêt « Commission contre Allemagne » l'obligation pour les Etats de remettre en cause, au moins pour l'avenir, les contrats conclus dans des conditions contraires au droit communautaire, la directive du 11 décembre 2007 permet aux Etats-membres de ne pas priver le contrat d'effet si des raisons impérieuses d'intérêt général l'exigent.

La décision Tropic Travaux obéit à cette logique, en offrant au juge un large éventail d'instruments juridiques pour lui permettre de tirer les conséquences des irrégularités entachant le contrat, au regard de leur nature et de leur portée, par des mesures appropriées à l'intérêt général et aux droits des parties. Il importe en effet que le rétablissement de la légalité ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, en entraînant par exemple l'interruption d'un service public et il convient de laisser le temps à la personne publique de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité de ce service. Une telle approche avait déjà été retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Institut de recherche pour le développement du 10 décembre 2003, selon lequel le juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, doit prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général.

Par ailleurs, la nullité du contrat a pour effet de priver le cocontractant des droits qu'il tenait du contrat, ce qui ne lui permet plus que d'obtenir réparation de son préjudice sur le terrain quasi-contractuel et /ou quasi-délictuel.

L'office du juge saisi d'une contestation de la validité du contrat par un candidat évincé est précisé par l'arrêt Tropic Travaux, dans un considérant de principe : il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences et il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise,

- soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses,
- soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante,

- soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés,
- soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le contrat, le cas échéant avec un effet différé.

L'annulation du contrat, qui est présentée en dernier lieu dans ce considérant de principe, apparaît comme l'ultime sanction qui ne doit être prononcée que lorsqu'il est impossible de faire autrement et c'est à une appréciation au cas par cas que doit se livrer le juge du contrat pour déterminer si les conséquences des mesures qu'on lui demande de prononcer présentent ou non un caractère excessif sur l'intérêt général et les droits des parties.

Dans le droit fil de l'arrêt Tropic Travaux, le Conseil d'Etat a été conduit à redéfinir de manière tout aussi méticuleuse, dans l'arrêt d'assemblée Commune de Béziers du 28 décembre 2009, l'office du juge du contrat, saisi par les parties contractantes, d'une action en contestation de validité du contrat ou d'un litige relatif à son exécution.

Seul à pouvoir connaître du contrat, le juge du contrat s'est érigé, au fil de sa jurisprudence, en juge de la légalité du contrat plutôt qu'en véritable juge des parties au contrat. Les nouvelles voies de recours ouvertes aux candidats évincés ont permis au juge des parties de se recentrer sur son office de pleine juridiction dans le cadre du contrat en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

L'arrêt Commune de Béziers trace une véritable feuille de route que doit désormais suivre le juge des parties contractantes, dans le cas où il est saisi d'une action en contestation de validité du contrat et dans le cas – le plus fréquent – où il est saisi d'un litige relatif à l'exécution de ce dernier.

L'application du principe de loyauté des relations contractuelles ne permet plus aux parties d'invoquer des irrégularités du contrat qui leur seraient imputables ou dont elles avaient connaissance lors de la conclusion de l'acte, pour tenter de se délier de leurs obligations contractuelles.

C'est à ce premier contrôle que se livre le juge avant d'apprécier la nature et la portée des irrégularités invoquées pour prononcer :

- soit la poursuite des relations contractuelles, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties,
- soit de prononcer la résiliation du contrat, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. L'annulation ne peut plus être prononcée qu'en raison d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

De la même manière, le principe de loyauté impose au juge, saisi d'un litige relatif à l'exécution du marché, de faire application du contrat qu'il ne peut désormais écarter et régler le litige sur un terrain autre que la responsabilité contractuelle qu'en présence de l'illicéité de l'objet du contrat ou d'un vice d'une particulière gravité.

Il a ainsi été mis un terme à la logique de l'automatisme de la nullité qui, en cas d'irrégularité, ne permettait plus le règlement du litige sur le terrain contractuel, l'enrichissement sans cause et la faute du cocontractant étant, dans les faits, devenus les terrains essentiels de résolution de conflits qui trouvaient pourtant leur origine dans l'exécution d'un contrat, alors même que les parties n'étaient pas désireuses de se défaire de leur relation contractuelle.

Désormais seules les irrégularités les plus graves sont d'ordre public, dans l'alignement des moyens d'ordre public en excès de pouvoir (champ d'application de la loi et incompétence de l'auteur de l'acte) et des nullités absolues en droit civil, et permettent d'écarter le contrat en raison de sa nullité. Vous avez eu l'occasion de faire application en 2011 de cette nouvelle règle jurisprudentielle dans vos jugements n° 08735 et 08736, SARL ABC Equipement et SARL CL Manutention. où vous avez considéré que les vices dont étaient entachés les contrats, relatifs aux conditions dans lesquelles les parties avaient donné leur consentement, présentaient une gravité telle que les contrats devaient être écartés et vous avez fait droit aux conclusions des entreprises requérantes présentées sur le fondement de l'enrichissement sans cause, en condamnant la commune du Tampon à leur rembourser celles de leurs dépenses qui avaient été utiles à la collectivité.

Dans ses 2 décisions Tropic travaux et Commune de Béziers, le Conseil d'Etat a pris le soin de qualifier le recours « d'action en validité du contrat » et non plus « d'action en nullité du contrat », en privilégiant la notion « d'annulation » du contrat à celle de « constat de nullité » du contrat qui prévalait jusqu'alors dans la jurisprudence. Ainsi, la résolution d'un contrat, plutôt que d'être la conséquence mécanique d'une nullité préexistante constatée par le juge, est désormais une annulation prononcée par le juge, dans le cadre de ses pouvoirs, lorsqu'il constate une irrégularité particulière grave.

Enfin, et toujours dans l'objectif de la stabilité des relations contractuelles, alors qu'il ne pouvait être saisi que de demandes indemnitaires en cas de résiliation du contrat, le juge peut, depuis l'arrêt du 21 mars 2011 dit Commune de Béziers II, être saisi d'un recours en contestation de la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles. Il détermine alors s'il y a lieu de faire droit ou non à la demande de reprise des relations contractuelles, en mettant en balance, d'une part, la gravité des vices constatés et celle des éventuels manquements du cocontractant ainsi que la motivation de la résiliation et, d'autre part, le risque de porter une atteinte excessive à l'intérêt général ou, le cas échéant, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat. Cette action peut être assortie d'une demande en référé suspension permettant au juge d'ordonner la reprise provisoire des relations contractuelles lorsque la résiliation met en péril la survie économique du cocontractant et qu'elle est entachée de vices graves.

Les récentes innovations juridictionnelles dans le contentieux contractuel ont donc conduit, dans le but de concilier l'impératif de légalité des contrats avec l'intérêt général et les droits et obligations des parties contractantes et de satisfaire ainsi aux exigences du droit communautaire, à faciliter la contestation de la régularité des contrats par les tiers intéressés, à redéfinir l'office du juge du contrat selon les actions contentieuses dont il est saisi et à rompre avec les conceptions classiques de la nullité et de la résiliation des contrats. Leur pertinence sera évaluée à l'aune des illustrations jurisprudentielles qu'elles recevront et qui permettront de préciser les contours de notions telles que « l'exigence de loyauté des relations contractuelles », « l'atteinte excessive aux droits des cocontractants » ou encore « les vices d'une particulière gravité ». Il est fort probable que le rôle des audiences se remplisse prochainement de questions qui permettront à la 2^{ème} chambre de s'aguerrir aux subtilités et au pragmatisme du nouvel office du juge du contrat, dans la diversité de ses interventions.