



La référence du droit en ligne



Les suites de la jurisprudence Tropic :
notion de "concurrent évincé" et moyens
invocables (CE, avis, 11/04/2012, Société
Gouelle)

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
I – Les principes originels de la jurisprudence Tropic.....	4
A – Le « recours Tropic » : un recours ouvert aux tiers – concurrents évincés	4
1 – Par le passé, des moyens d’action limités pour les tiers	4
2 – Le choc de l’arrêt Tropic : la possibilité pour les concurrents évincés de saisir le juge du contrat	4
B – Le « recours Tropic » : un recours encadré qui donne au juge du contrat de larges pouvoirs.....	6
1 – De larges pouvoirs sont reconnus au juge du contrat.....	6
2 – Un recours encadré	6
II – Les apports de l’avis Société Gouelle à la jurisprudence Tropic.....	7
A – La notion de « concurrent évincé » élargie et précisée	7
1 – Ce qu’en disait l’arrêt Tropic lui-même	7
2 – Ce qu’en dit l’avis Société Gouelle	7
B – L’appréciation large des moyens invocables.....	9
1 – La jurisprudence sur le référé précontractuel	9
2 – ... n’est pas applicable au « recours Tropic ».....	9
CE, avis, 11/04/2012, Société Gouelle	10

Introduction

La question de l'office du juge du contrat fait régulièrement la Une des revues de droit administratif depuis le début des années 2000. En effet, c'est à cette époque que le Conseil d'Etat a entrepris un remodelage en profondeur des règles applicables en la matière, tant en ce qui concerne les requérants pouvant le saisir que les pouvoirs qui lui sont reconnus. L'avis Société Gouelle vient compléter la première de ces orientations.

Dans cette affaire, la société Gouelle a saisi le Tribunal administratif de Rennes pour faire annuler un marché public conclu par la région Bretagne. Les lecteurs avisés de la jurisprudence du Conseil d'Etat auront compris que la société requérante utilisait la nouvelle voie de droit créée par l'arrêt Société Tropic travaux signalisation (CE, ass., 16/07/2007) : en effet, ce dernier arrêt permet aux concurrents évincés de saisir le juge du contrat pour le faire annuler, chose impossible auparavant. Bien que le juge ait encadré ce nouveau recours, des questions continuaient à se poser, notamment sur la notion de « concurrent évincé ». Ainsi, s'explique que le tribunal administratif ait transmis le dossier de la requête pour avis au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen plusieurs questions. Il s'agit là de la procédure instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 et qui permet aux juridictions subordonnées de saisir la haute juridiction sur « une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». L'avis du Conseil d'Etat n'a pas l'autorité de la chose jugée, mais il lui permet de « dire le droit » sans attendre que les affaires remontent jusqu'à lui par la voie contentieuse traditionnelle. En clair, il s'agit d'améliorer la qualité et la rapidité de la justice administrative. Le 11 Avril 2012, le Conseil d'Etat rend son avis et élargie les conditions de mise en œuvre de la jurisprudence Tropic.

Cette jurisprudence a mis fin à l'une des plus anciennes règles du droit administratif. En effet, jusqu'en 2007, le juge du contrat ne pouvait être saisi que par les parties. L'arrêt Tropic met fin à cette règle en permettant l'accès au prétoire du juge du contrat aux concurrents évincés. L'autre nouveauté réside dans les larges pouvoirs reconnus au juge dans le cadre de ce nouveau recours. D'ailleurs, loin de constituer un aboutissement, cet arrêt marqua le début du remodelage de l'office du juge du contrat, puisque, notamment, la Haute juridiction donna, en 2009, au juge du contrat saisi par les parties la même palette de pouvoirs que dans celle prévue par l'arrêt Tropic. Mais, des questions restaient posées, notamment sur la notion de « concurrent évincé ». Avec l'avis Société Gouelle, le Conseil d'Etat donne à cette notion une acception large puisque ce sont tous les « concurrents de l'attributaire », à savoir toutes les personnes qui pourraient exécuter les prestations objet du contrat litigieux, qu'elles aient ou non participé à la procédure de passation du contrat, qui peuvent emprunter la voie du « recours Tropic ». L'autre apport à la jurisprudence Tropic est de reconnaître aux requérants la possibilité d'invoquer tous les moyens, sans exiger que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le concurrent évincé.

Il convient donc d'étudier, dans une première partie, les principes originels de la jurisprudence Tropic (I), pour analyser, ensuite, les apports de l'avis Société Gouelle à cette jurisprudence (II).

I – Les principes originels de la jurisprudence Tropic

L'arrêt Tropic innove sur deux points essentiels : le premier est la possibilité pour les concurrents évincés de contester la validité d'un contrat (A) ; le second concerne les larges pouvoirs reconnus au juge du contrat (B).

A – Le « recours Tropic » : un recours ouvert aux tiers – concurrents évincés

Jusqu'à présent, les tiers, et notamment les concurrents évincés, n'avaient pas ou peu de moyens pour attaquer un contrat devant le juge administratif (1). L'arrêt Tropic met fin à cette situation en reconnaissant aux concurrents évincés, autrement dit à des tiers, la possibilité de contester la validité d'un contrat (2).

1 – Par le passé, des moyens d'action limités pour les tiers

Jusqu'en 2007, le juge du contrat ne pouvait être saisi que par les parties. Cette solution s'expliquait par le fait que le juge ne peut ignorer les droits acquis par les parties du fait d'un contrat, ni la compétence de l'autorité judiciaire sur un grand nombre de contrats. Dès lors, les tiers ne disposaient que de moyens limités contre les contrats : l'on ne peut relever que la procédure de contestation de la validité d'un acte détachable du contrat aux conséquences longues et complexes (CE, 4/08/1905, Martin), ou le référé précontractuel qui permet au juge d'interrompre les procédures de passation des marchés publics et de délégation de service public en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Mais, progressivement, des exceptions vont être apportées à ce principe. Ainsi, la loi du 2 mars 1982 permet au préfet de demander l'annulation de contrats de collectivités locales dans le cadre du contrôle de légalité. Pour la première fois, un tiers est admis à demander l'annulation d'un contrat. Plus récemment, le juge administratif a admis le recours pour excès de pouvoir (REP) formé par des tiers contre le recrutement d'agent public (CE, sect., 30/10/1998, Ville de Lisieux). Juste avant, le juge avait admis le REP d'un tiers contre les clauses réglementaires d'un contrat (CE, ass., 10/07/1996, Cayzelle), que le Conseil d'Etat a, par la suite jugé divisible du contrat par nature (CE, 8/04/2009, Ass. Alcaly). L'arrêt Tropic confirme et amplifie ces évolutions.

2 – Le choc de l'arrêt Tropic : la possibilité pour les concurrents évincés de saisir le juge du contrat

Avec l'arrêt Tropic, il est admis pour la première fois que des tiers au contrat, en l'occurrence des concurrents évincés, peuvent contester la validité de celui-ci. Certes, cette solution remet en cause la stabilité des relations contractuelles. Mais, elle se trouve justifiée par d'autres arguments. Tout d'abord, le contrat administratif est un moyen de l'action publique, il concerne donc de ce fait l'intérêt général. Il n'est donc pas illogique de soutenir que d'autres personnes que les parties au contrat puissent être concernées par ce contrat. De plus, certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion ou l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent.

Cette position a pu être suggérée par l'évolution du droit communautaire. Ainsi, il était prévu, à l'époque de l'arrêt Tropic, que plusieurs directives communautaires concernant les recours

contractuels soient modifiées dans le sens de la remise en cause de l'inviolabilité contractuelle, notamment en cas de grave violation du droit communautaire des marchés publics. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé quelques mois plus tard avec la directive « Recours du 11 décembre 2007 ». Cette dernière a été transposée par l'ordonnance du 7 mai 2009, ordonnance qui crée le référé contractuel en contestation de validité du contrat. Même si ce nouveau recours couvre certaines hypothèses du recours Tropic, objet de la présente étude, ce dernier garde certaines spécificités, tenant notamment au fait que les moyens pouvant être invoqués et les pouvoirs du juge sont plus larges. En effet, l'arrêt Tropic, bien qu'encadrant strictement le nouveau recours, permet au Conseil d'Etat d'élargir de manière importante les pouvoirs du juge du contrat.

B – Le « recours Tropic » : un recours encadré qui donne au juge du contrat de larges pouvoirs

A coté de la possibilité pour des concurrents évincés de saisir le juge du contrat, l'autre nouveauté, toute aussi essentielle, résidait dans les larges pouvoirs reconnus à ce dernier (1). Pour autant, ce recours est très encadré tant en ce qui concerne les délais que les conséquences à l'égard des concurrents évincés (2).

1 – De larges pouvoirs sont reconnus au juge du contrat

Avec l'arrêt Tropic, le Conseil d'Etat posait la première pierre de son entreprise de refondation et d'élargissement de l'office du juge du contrat.. Ainsi, le juge peut prononcer la résiliation du contrat ou modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés ou, enfin, après avoir vérifié que l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler, totalement ou partiellement, le contrat.

Cet élargissement des pouvoirs du juge des contrats fut appliquée deux ans plus tard au nouveau recours en contestation de la validité d'un contrat intenté par les parties (CE, ass., 28/12/2009, Commune de Béziers), et encore deux ans plus tard, à l'occasion d'ailleurs de la même affaire, au contentieux de la résiliation ou le juge administratif décida qu'il lui était possible, à la demande de l'une des parties, d'ordonner la reprise des relations contractuelles (CE, 21/03/2011, Commune de Béziers bis). C'est cette même démarche qui a, aussi conduit, récemment, le juge administratif à faire du déféré préfectoral un recours de plein contentieux et non plus d'excès de pouvoir, dans le cadre duquel le juge dispose désormais de la même palette de pouvoirs que dans les affaires Commune de Béziers et Tropic (CE, 23/12/2011, Ministre de l'intérieur c/ SIAN).

2 – Un recours encadré

Deux points doivent retenir l'attention. Le premier concerne les délais : ainsi, afin de préserver la stabilité juridique des parties au contrat, il est admis un délai d'action relativement court. Celui-ci est de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Pour le commissaire du gouvernement, ces formalités de publicité peuvent consister en la publication de la décision de signer le contrat ou un simple affichage pour les contrats plus modestes. Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

Le second point concerne les conséquences de la mise en œuvre du « recours Tropic ». Ainsi, à partir de la conclusion du contrat, les concurrents évincés ne peuvent plus demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables du contrat. La solution est logique si l'on songe qu'ils disposent, dorénavant, d'un moyen d'action direct pour faire respecter leurs intérêts lésés. En revanche, les autres personnes titulaires de la qualité de tiers, sans, être un concurrent évincé, pourront encore attaquer les actes détachables du contrat.

Au final, l'on se rend compte que, dès l'arrêt Tropic, le Conseil d'Etat a tenté de lever les incertitudes qui pourraient survenir dans le cadre de la mise en œuvre de cette jurisprudence. Pour autant, une question essentielle à la mise en œuvre de ce nouveau recours restait posée : en effet, que faut-il entendre par « concurrent évincé » ? L'avis Société Gouelle apporte une précieuse réponse à cette question, tout en précisant les moyens que ces requérants peuvent invoquer.

II – Les apports de l’avis Société Gouelle à la jurisprudence Tropic

L’avis Société Gouelle vient compléter la jurisprudence Tropic sur deux points : d’une part, il élargie et précise la notion de « concurrent évincé » (A), et d’autre part il retient une appréciation large des moyens invocables par ces justiciables (B).

A – La notion de « concurrent évincé » élargie et précisée

L’on peut, au préalable, relever le contenu de la notion tel qu’il résultait de l’arrêt Tropic (1), pour, ensuite, mieux mesurer les apports de l’avis commenté (2).

1 – Ce qu’en disait l’arrêt Tropic lui-même

Dans ses conclusions sous l’arrêt Tropic, le commissaire du gouvernement retenait une appréciation extensive de la notion de tiers pouvant saisir le juge du contrat. Pour lui, il s’agissait des « tiers pouvant se prévaloir d’un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la signature du contrat ». Cette formule visait les entreprises évincées de la procédure de passation du contrat, mais aussi les usagers du service public ou encore les contribuables locaux. N’étaient, en revanche, pas concernées les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques ou encore les associations. Pourtant, le Conseil d’Etat n’a pas suivi cette voie. En effet, le juge administratif suprême n’a pas repris pas les hypothèses citées à l’instant, et a retenu une appréciation stricte de la notion de concurrent évincé : ainsi, la lecture de l’arrêt suggère que ce recours n’est ouvert qu’aux entreprises qui ont effectivement participé à la procédure précédant le contrat dont l’annulation était demandée. Cette conception restrictive est abandonnée par l’avis Société Gouelle.

2 – Ce qu’en dit l’avis Société Gouelle

Il faut, au préalable, noter que l’extension de la notion de concurrent évincé, opérée par l’avis Société Gouelle, a été entamée par l’arrêt Ministre de l’immigration (CE, 16/11/2009). Dans cet arrêt, le Conseil d’Etat avait transposé au « recours Tropic » la notion de « candidat évincé » énoncée pour le référé précontractuel : au terme de cet arrêt, rentrent dans cette catégorie toutes les personnes ou entreprises qui ont participé à la procédure de passation, mais aussi celles qui n’y ont pas participé et qui sont à même de faire état d’un élément justifiant qu’elles auraient pu être candidates.

L’avis Société Gouelle confirme et précise la décision Ministre de l’immigration. Ainsi, le Conseil d’Etat juge que la qualité de concurrent évincé « est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu’il n’aurait pas présenté sa candidature, qu’il n’aurait pas été admis à présenter une offre ou qu’il n’aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable ». Dès lors, l’expression « concurrent évincé » paraît réductrice dans la mesure où si le « recours Tropic » est, bien sur, ouvert aux concurrents effectivement évincés, y compris dans l’hypothèse où l’offre était inappropriée, irrégulière ou inacceptable, il est aussi ouvert à des concurrents qui n’ont pas participé à la procédure de passation du contrat, soit parce qu’ils n’ont pas présenté leur candidature, soit parce qu’ils n’ont pas été admis à présenter une offre, et qui dès lors ne peuvent être considérés comme évincés. Il paraît, alors, préférable de retenir l’expression de « concurrents de l’attributaire » qui couvrent toutes les personnes qui pourraient exécuter les prestations objet du contrat litigieux, qu’elles aient ou non participé à la procédure de passation du contrat. En effet, cette qualité fait présumer l’intérêt de la personne à conclure le contrat et donc la lésion financière ou morale que lui cause la conclusion du celui-ci avec l’attributaire. Pour conclure,

l'on peut noter que l'avis commenté confirme implicitement que ce recours n'est pas ouvert aux autres tiers, tels que les usagers du service public, les contribuables locaux ou encore les associations.

L'autre nouveauté concerne l'appréciation large des moyens invocables par les « concurrents évincés ».

B – L’appréciation large des moyens invocables

Dans le cadre du référé précontractuel, le juge administratif retient une appréciation stricte des moyens invocables par les requérants (1). C’est à une toute autre appréciation que se livre le juge dans le cadre du « recours Tropic » (2).

1 – La jurisprudence sur le référé précontractuel ...

Devant le juge du référé précontractuel, le requérant est limité, à deux points, de vue, dans les moyens qu’il peut invoquer. Ainsi, et d’une part, seuls sont opérants les moyens par lesquels sont dénoncés des manquements de l’acheteur public à une obligation de publicité ou de mise en concurrence. D’autre part, le Conseil d’Etat, a par sa décision SMIRGEOMES (CE, sect., 3/10/2008) limité le caractère opérant de ces moyens : concrètement, seuls peuvent être invoqués les manquements aux obligations de publicité ou de mise en concurrence qui sont susceptible d’avoir lésé le demandeur. Dès lors, le juge administratif opère un double tri : un premier vise à sélectionner les vices qui peuvent être contestés, un second sélectionne parmi ces vices ceux qui sont susceptibles d’avoir lésé le requérant. C’est à une toute autre appréciation que se livre le juge administratif dans le cadre du « recours Tropic ».

2 – ... n’est pas applicable au « recours Tropic »

Même si les positions des juridictions subordonnées n’étaient pas uniformes, une tendance majoritaire se dégagait : celle-ci allait un sens opposé à la ligne suivie en matière de référé précontractuel. L’avis Société Gouelle est, alors, l’occasion pour le Conseil d’Etat de confirmer cette tendance générale. Ainsi, le juge administratif suprême décide que, dans le cadre du « recours Tropic », tout comme pour la demande indemnitaire que le concurrent évincé peut former indépendamment de ce recours, tout les moyens de légalité propres à démontrer l’invalidité du contrat sont invocables devant le juge du contrat, y compris, par conséquent, des moyens de légalité externe, comme, par exemple, l’incompétence de la collectivité contractante.

Le Conseil d’Etat précise, par ailleurs, que n’est pas exigé le fait que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le concurrent évincé. Cette position rejoint, alors, celle prise par l’arrêt *Ministre de l’intérieur c/ SIAN* par laquelle le Conseil d’Etat a jugé que le déféré contractuel est un recours de plein contentieux. En effet, en prenant, cette position, le juge administratif suprême admettait qu’une personne puisse invoquer des moyens qui ne l’ont pas lésé, puisque, par définition, il n’est pas possible au représentant de l’Etat de se prévaloir de moyens susceptibles de l’avoir lésé.

Au final, les positions relativement extensives prises par le Conseil d’Etat dans l’avis *Société Gouelle* devraient être de nature à démultiplier les « recours Tropic » devant les juridictions administratives, car jusqu’à présent, malgré la nouveauté majeure que constitue ce type de recours, l’on ne peut pas dire que le juge administratif soit surchargé de recours émanant de « concurrents évincés ».

CE, avis, 11/04/2012, Société Gouelle

Vu, enregistré le 2 janvier 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le jugement par lequel le tribunal administratif de Rennes, avant de statuer sur la demande de la SOCIETE GOUELLE tendant, d'une part, à l'annulation du marché conclu par la région Bretagne avec la société Menuiserie Cardinal pour la réalisation du lot C " plâtrerie - isolation - menuiserie bois " de l'opération de construction du fonds régional d'art contemporain de Bretagne et, d'autre part, à ce que la région Bretagne soit condamnée à lui verser la somme de 197 000 euros en compensation du préjudice résultant de son éviction de la conclusion du contrat, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, de transmettre le dossier de cette demande au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen les questions suivantes :

1°) Le caractère irrégulier de l'offre d'un concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif, que ce caractère irrégulier soit ou non le motif de l'éviction, fait-il obstacle à la recevabilité du recours de pleine juridiction en contestation de la validité de ce contrat et des demandes indemnitaires dont ce recours peut être assorti ?

2°) Dans l'affirmative, et dans le cas où le caractère irrégulier de l'offre ne constitue pas le motif de l'éviction et n'est pas soulevé par le défendeur mais résulte de l'instruction, est-il de l'office du juge du contrat de soulever d'office le caractère irrégulier de l'offre ?

REND L'AVIS SUIVANT :

1. Ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, par décision n° 291545 du 16 juillet 2007, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant de demandes indemnitaires.

Il appartient au juge saisi de telles conclusions, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient ainsi, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement 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 porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits du cocontractant, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

2. Pour statuer sur la recevabilité d'un tel recours et des conclusions indemnitaires susceptibles de l'accompagner, il appartient au juge du contrat d'apprécier si le requérant peut être regardé comme un concurrent évincé.

Cette qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

3. A l'appui de son recours en contestation de la validité du contrat, mais aussi de ses conclusions indemnitaires présentées à titre accessoire ou complémentaire, le concurrent évincé peut invoquer tout moyen.

Il ne résulte par ailleurs d'aucun texte ni principe que le caractère opérant des moyens ainsi soulevés soit subordonné à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant.

4. Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Rennes, à la SOCIETE GOUELLE et à la région Bretagne.