

# Recours « Tropic » cinq ans après : un recours toujours utile ?

- Depuis 2007 et l'arrêt «Tropic» ayant consacré la possibilité, pour les concurrents évincés, de saisir le juge du contrat, le contentieux contractuel a connu des évolutions importantes.
- Ainsi, l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 a par exemple instauré la procédure du référé contractuel, la jurisprudence relative au référé précontractuel a connu des évolutions... On peut donc légitimement se demander si, à l'heure actuelle, ce recours «Tropic» présente encore un intérêt.

## Auteurs

Guillaume Gauch, avocat associé, et  
Olivier Metzger, avocat, SCP Seban & Associés

## Mots clés

Champs d'application • Concurrent évincé • Indemnisation • Moyens invocables • Référé contractuel • Référé précontractuel • Référé suspension •

Il y a cinq ans, le Conseil d'État, soucieux d'anticiper la nouvelle directive européenne Recours<sup>(1)</sup>, a procédé à la création prétorienne d'un recours en contestation de la validité du contrat<sup>(2)</sup>. Au terme de ses cinq premières années d'existence, il apparaît utile de dresser un bilan de l'utilisation de ce recours, au regard notamment des décisions de la Haute juridiction administrative et de son articulation avec la procédure du référé contractuel<sup>(3)</sup> introduite en 2009. Recevabilité, moyens invocables, conclusions recevables... Autant de points à examiner lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'utilité du recours dit «Tropic» par rapport aux référés précontractuels et contractuels et autres recours pour excès de pouvoir qui offrent déjà un arsenal important aux justiciables et, notamment, aux candidats évincés.

## I. Le recours « Tropic » : anticipation de la transposition de la nouvelle directive Recours

Par sa décision en date du 16 juillet 2007, le Conseil d'État, a anticipé la réforme imposée par la directive Recours en remettant en cause le principe de l'inviolabilité contractuelle et en tirant les conséquences d'une évolution de la jurisprudence communautaire qui avait conduit la Cour de justice des Communautés européennes à condamner l'Allemagne en manquement pour n'avoir pas mis fin à un contrat passé par la ville de Brunswick en violation du droit communautaire des marchés publics<sup>(4)</sup>. Le Conseil d'État a ainsi créé un recours en contestation de validité d'un contrat administratif permettant à tout candidat évincé de former, devant le juge du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses en étant divisibles, et d'assortir ce recours de demandes

(1) Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

(2) CE ass. 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation*, req. n°291545 : CP-ACCP, n°70, octobre 2007, p.40 et s.

(3) Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

(4) CJCE 18 juillet 2007, *Commission c/Allemagne*, aff. C-503/04.

indemnitaires. Ce recours, qui doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, ne permet plus en revanche aux candidats évincés d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes préalable détachables du contrat, dès lors que le recours «Tropic» leur est ouvert. Dès sa première année d'existence, les décisions rendues sur ce fondement jurisprudentiel ont démontré l'intérêt qu'un tel recours était susceptible de présenter pour les concurrents évincés n'ayant pu obtenir satisfaction dans le cadre d'un référé précontractuel. Elles ont en outre permis de clarifier certains aspects de ce recours. En effet, ce qui fait la particularité du recours «Tropic» et, par conséquent, son intérêt pratique, réside justement dans les différences qu'il présente, notamment, par rapport aux procédures de référés précontractuels, mais également contractuels.

## II. Recours «Tropic»/référés : des outils contentieux différents à la disposition des candidats évincés

Le recours «Tropic» présente tout d'abord une différence notable par rapport à la procédure de référé précontractuel. En effet, si ce dernier perd son objet une fois le contrat signé, l'originalité du recours «Tropic» – lors de sa création tout au moins – réside dans le fait que les concurrents évincés bénéficiaient pour la première fois d'un recours permettant de contester le contrat signé et pouvait, dans le délai de recours, obtenir la communication des pièces du marché et de la procédure. Ainsi, les candidats évincés avaient à leur disposition plus de temps et de pièces afin d'examiner les vices pouvant avoir affecté la validité du marché. Mais, si l'intérêt du recours «Tropic» devait se résumer à ce seul aspect, l'introduction du référé contractuel aurait logiquement dû priver le recours «Tropic» de tout intérêt. En effet, le référé contractuel permet aux personnes ayant un intérêt à conclure un contrat de saisir le juge du référé dans un délai de trente et un jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat, ou dans un délai de six mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée.

Toutefois, comme l'a relevé la doctrine<sup>(5)</sup>, référé contractuel et recours «Tropic» ne se confondent pas davantage que recours «Tropic» et référé précontractuel. En effet, le recours «Tropic» est soumis à des conditions qui lui sont propres et qui en font un outil unique à disposition des concurrents évincés. Ainsi, outre la différence de nature du contentieux (fond/urgence), c'est surtout un champ d'application élargi qui caractérise le recours «Tropic». Là où les référés précontractuels et contractuels ne s'appliquent qu'à des «contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public»<sup>(6)</sup>, une action en recours en contestation de

validité du contrat peut être initiée à l'encontre de tout contrat administratif. Un récent jugement du tribunal administratif de Rouen démontre d'ailleurs que le juge administratif peut aller assez loin dans l'admission du recours «Tropic» en reconnaissant qu'il est possible d'exercer une telle action à l'encontre de la passation d'une convention d'occupation domaniale ne faisant pourtant l'objet d'aucune obligation de publicité et de mise en concurrence préalable<sup>(7)</sup>. Ainsi, la mise en concurrence volontaire d'un contrat administratif semble suffisante pour ouvrir la possibilité d'exercer un recours «Tropic». Les moyens invocables constituent également une source non négligeable de différences justifiant l'utilité du recours «Tropic». En effet, dans le cadre d'un tel recours, les moyens ne sont pas limités aux seuls manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'avoir lésé les requérants. Il peut s'agir, par exemple, de moyens liés à la compétence de l'auteur de l'acte. Cela présente un intérêt d'autant plus manifeste par rapport au référé contractuel pour lequel les moyens invocables sont particulièrement limités<sup>(8)</sup> et ce d'autant plus lorsque la procédure contestée est relative à la passation d'un marché à procédure adaptée<sup>(9)</sup>. La nature même des demandes dont le juge peut être saisi distingue également le recours «Tropic» des autres voies de recours envisageables et lui confère un intérêt réel. En effet, le requérant peut assortir son recours de demandes indemnitaires. Dès lors, pour un concurrent évincé, les conséquences de l'annulation prononcée sont susceptibles d'être bien différentes. Dans le cadre d'un recours «Tropic», le requérant peut obtenir l'indemnisation de tout ou partie du préjudice qu'il estime avoir subi. Ces conclusions indemnitaires nécessiteront l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux<sup>(10)</sup> mais pourront être présentées, s'il s'agit de conclusions indemnitaires accessoires aux conclusions en contestation de la validité d'un contrat, dans le cadre d'une requête distincte sans avoir alors à être déposées dans le délai de deux mois s'imposant aux conclusions aux fins d'annulation<sup>(11)</sup>. Au surplus, alors que la Haute juridiction administrative est venue atténuer les chances de succès des actions en référé précontractuel en reconnaissant que seuls les manquements susceptibles d'avoir lésé les requérants peuvent être allégués<sup>(12)</sup>, une telle exigence n'existe pas concernant le recours «Tropic». Ainsi, ce recours peut aujourd'hui être considéré comme un recours objectif visant à sanctionner les irrégularités commises et, en cela, il est logique que la possibilité d'un recours en annulation contre les actes détachables soit dès lors exclue lorsque s'ouvre celle du recours «Tropic». Les juridictions administratives ont eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser que la recevabilité d'un recours en contestation de la validité du contrat n'est pas conditionnée par l'existence d'un intérêt lésé. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré que la qualité de concurrent évincé doit être considérée comme suffisante pour juger le recours recevable,

(7) TA Rouen 6 octobre 2011, Berry, req. n°0803061.

(8) Code de justice administrative, art. L. 551-18 à L. 551-20.

(9) CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req. n°343435 : CP-ACCP n°108, mars 2011, p.76, note L. Renouard. Pour un exemple récent d'application de la jurisprudence Grand Port Maritime du Havre : TA Lyon ord. 29 février 2012, Sté d'avocats Fidal, req. n°1200859.

(10) TA Orléans, 28 mai 2008, Sté Arima Consultants, req. n°0704464.

(11) CE avis 11 mai 2011, Sté Rebillon Schmit Prevot, req. n°347002 : CP-ACCP, n°111, juin 2011, p.63, note P. Caillarec.

(12) CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, req. n°305420 : CP-ACCP n°83, décembre 2008, p.29 et s. Cela est aujourd'hui inscrit dans le code de justice administrative (CJA, art. L. 551-13).

(5) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive «Recours» ? », Contrats marchés publ. n°6, juin 2009, repère 6.

(6) Code de justice administrative, art. L. 551-1, 1<sup>er</sup> al.

sans que celui-ci ait à démontrer le fait qu'il aurait été lésé par le vice invoqué<sup>(13)</sup>. La Haute juridiction administrative vient par ailleurs de confirmer ce point dans le cadre d'un avis du 11 avril dernier qui démontre que le recours «Tropic» connaît encore une réelle efficacité<sup>(14)</sup>. Une autre ligne de démarcation du recours «Tropic» réside dans la palette des pouvoirs offerts au juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat sur le fondement de la jurisprudence du 16 juillet 2007. En effet, dans le cadre d'un tel contentieux, le juge administratif qui constatera l'existence de vices entachant la validité du contrat pourra, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, prononcer la résiliation du contrat, modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, accorder des indemnités en réparation des droits lésés ou encore, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat. Les pouvoirs que détient ainsi le juge sont très largement étendus et soumis à moins de conditions. C'est ainsi que l'annulation du contrat sera possible sous réserve que cette dernière ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants alors que, dans le cadre d'un référé contractuel, l'annulation n'est possible qu'en présence des manquements mentionnés aux articles L. 551-18 et L. 551-20 du code de justice administrative<sup>(15)</sup>. Ainsi, les spécificités du recours «Tropic» en font un outil utile et les décisions rendues depuis cinq ans sur le fondement de ce recours sont nombreuses. L'avis du Conseil précité du 11 avril 2012 démontre en tant que de besoin que le recours «Tropic» reste une voie de recours efficace.

### III. L'avis du 11 avril 2012 facteur de développement du recours «Tropic»

Dans le cadre de l'avis précité, la Haute juridiction administrative vient en effet apporter des précisions concernant le recours «Tropic» en rappelant, d'abord ce qu'il convient d'entendre par concurrent évincé, ensuite que tous les moyens sont susceptibles d'être invoqués, et enfin qu'il n'est pas nécessaire que les moyens invoqués aient été susceptibles de léser le requérant. Cet avis vient donc confirmer certains éléments qui ne faisaient guère de doute, en apportant toutefois un complément plus important concernant la définition du concurrent évincé. La qualité de concurrent évincé est dès lors reconnue «à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat», même dans la circonstance où il n'aurait pas été effectivement candidat, n'aurait pas été admis à présenter une offre ou que son offre aurait été susceptible d'être rejetée en raison de son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable. Il importe peu *a priori* que le requérant se soit trouvé évincé ou empêché de se porter candidat à l'attribution d'un contrat en raison de l'irrégularité qu'il invoque. Ici, le Conseil d'État opère un revirement par rapport à la solution précédemment retenue selon laquelle un opérateur qui n'avait pas été candidat à une procédure de mise en concurrence

n'était pas recevable à former un recours «Tropic»<sup>(16)</sup>. Toutefois, s'il ne fait aucun doute que, cinq ans après son apparition, le recours «Tropic» n'a rien perdu de sa légitimité et de son intérêt, force est de constater que le délai de jugement peut constituer un élément restreignant le développement de ce type de recours.

### IV. Une suspension de l'exécution du contrat difficile à obtenir : un frein au développement du recours «Tropic»

Si les actions en référés précontractuels ou contractuels présentent un intérêt fort pour les concurrents évincés en leur conférant une hypothèse rapide de «seconde chance», telle n'est pas le cas du recours «Tropic», ce qui est susceptible de faire perdre de son intérêt à celui-ci. Certes, il ne fait aucun doute que le recours «Tropic» peut faire l'objet, en parallèle, d'une requête en référé suspension, procédure d'urgence qui pourrait permettre de stopper rapidement les effets négatifs de la mise en œuvre d'un marché irrégulier. Toutefois, les cinq premières années d'existence du recours «Tropic» et du référé suspension susceptible d'y être adjoint ont permis de démontrer les grandes difficultés rencontrées par les requérants pour remplir les conditions du référé suspension et, notamment, sa condition d'urgence. On le sait, en effet, pour être recevable dans le cadre d'un référé suspension, le requérant devra démontrer l'existence d'une urgence à suspendre l'exécution de l'acte contesté, de même que l'existence de doutes sérieux quant à la légalité de l'acte contesté<sup>(17)</sup>. La condition d'urgence est généralement appréciée très restrictivement en matière contractuelle<sup>(18)</sup> et elle ne sera regardée comme automatiquement remplie que lorsque le pouvoir adjudicateur aura signé un contrat en méconnaissance de l'ordonnance du juge des référés lui enjoignant de suspendre ladite signature pendant un certain délai<sup>(19)</sup>. Dans les autres hypothèses, la condition d'urgence ne sera que très rarement considérée comme étant remplie<sup>(20)</sup>. De ce fait, si l'intention du requérant ne se situe pas sur le terrain indemnitaire – ou éventuellement celui d'une question de principe – le recours «Tropic» ne constitue qu'un succédané des actions en référé qui permettent au contraire une intervention rapide et quasi définitive du juge, ce dernier jugeant en la forme des référés et étant compétent en premier et dernier ressort. Pour autant, cinq ans après son apparition, le recours «Tropic» s'est développé et demeure tout à fait actuel. Bien que n'étant pas une action en référé, il trouve sa place dans l'arsenal offert aux concurrents évincés. Il offre des moyens plus larges aux requérants et des pouvoirs plus étendus aux juges. Il permet en outre aux requérants de conserver une voie de droit efficace là où le mouvement de balancier a eu tendance ces dernières années, après l'arrêt précité Smirgeomes du 3 octobre 2008, à limiter les chances de succès dans le cadre des référés précontractuels et contractuels. ■

(16) CE 16 novembre 2009, ministre de l'Immigration et Asso. Collectif Respect, req. n°s 328826 et 328974.

(17) Code de justice administrative, art. L. 521-1.

(18) TA Besançon 12 février 2008, Sté CBS, req. n° 800115.

(19) CE 29 mars 2009, Sté Biomérieux, req. n° 324064 – Pour une décision contraire, TA Nice 15 mars 2010, Sté Ricoh France, req. n° 100070.

(20) CE 16 novembre 2009, Min. Immigration, Intégration, Identité nationale et Développement solidaire, req. n°s 328826 et 328974 : la condition de l'urgence a été considérée comme remplie dès lors que l'exécution du marché ne permettrait pas, par les prestations qu'il prévoit, de garantir aux étrangers en rétention l'exercice effectif de leurs droits par une aide et un soutien juridique spécifiques.

(13) CAA Marseille 10 octobre 2011, Dpt de Corse-du-Sud, req. n°09MA04637.

(14) CE avis, 11 avril 2012, Sté Gouelle, n° 355446.

(15) CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, préc.