

Recours Tarn-et-Garonne : poursuite de l'œuvre de construction jurisprudentielle



**Guillaume
Gauch**
Avocat
associé



**Romain
Millard**
Avocat
à la Cour

Article paru dans

Contrats Publics

Recours *Tarn-et-Garonne* : poursuite de l'œuvre de construction jurisprudentielle

L'année 2021 aura vu le juge administratif poursuivre son œuvre de construction jurisprudentielle du recours en contestation de la validité des contrats publics, communément appelé « recours *Tarn-et-Garonne* » en référence à la décision fondatrice du Conseil d'État du 4 avril 2014⁽¹⁾ qui, la première, en a défini les contours.

Pour rappel, avant la décision *Tarn-et-Garonne*, seuls les concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif étaient recevables à former un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, ainsi que l'avait défini la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007⁽²⁾ ; les autres tiers ne pouvaient, quant à eux, qu'intenter des recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (délibération autorisant la conclusion du contrat, décision de le signer).

Par sa jurisprudence du 4 avril 2014, le Conseil d'État a ouvert le recours en contestation de la validité d'un contrat public à « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses », ainsi qu'aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné et au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité.

L'identification des « tiers susceptibles d'être lésés » recevables à former un recours *Tarn-et-Garonne* s'est avérée délicate dans certains cas. Par exemple, *quid* des contribuables locaux ? En ce qui les concerne, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 27 mars 2020, qu'ils sont recevables à former un tel recours dès lors qu'ils établissent « que la convention ou les clauses dont ils contestent la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité »⁽³⁾.

Auteurs

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

SCP Seban & Associés

Références

CE 9 juin 2021, req. n° 438047

CE 20 juillet 2021, req. n° 443346

(1) CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

(2) CE 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545.

(3) CE 27 mars 2020, req. n° 426291.

Quid également des ordres professionnels agissant au nom de l'intérêt collectif de leurs membres ? Après avoir apporté une première réponse en 2020, le Conseil d'État l'a complétée en 2021, avec sa décision du *Département de Loire-Atlantique* 20 juillet 2021⁽⁴⁾.

En outre, par une décision du 9 juin 2021 juin⁽⁵⁾, le Conseil d'État a apporté des précisions sur un autre aspect important du recours en contestation de la validité du contrat : l'office du juge lorsque celui-ci constate que le contrat attaqué est effectivement affecté d'un ou plusieurs vices.

Sur l'intérêt à agir des ordres professionnels contre un contrat administratif

Par une décision en date du 3 juin 2020, le Conseil d'État avait déjà considéré comme irrecevable un recours *Tarn-et-Garonne* introduit contre un marché de conception-réalisation par un conseil régional de l'ordre des architectes, en considérant que même si les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont, en vertu des dispositions de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte, la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne pouvait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge⁽⁶⁾.

Cette décision avait pu surprendre, dans la mesure où, antérieurement à la création du recours *Tarn-et-Garonne*, l'intérêt à agir de l'ordre des architectes avait été reconnu dans le cadre de recours en excès de pouvoir dirigés contre les actes de l'administration détachables de marchés affectant les modalités d'exercice de la profession d'architecte⁽⁷⁾.

Toutefois, ainsi que l'y avait invité le Rapporteur public Gilles Pellissier⁽⁸⁾, le Conseil d'État avait considéré que l'intérêt à agir devait s'apprécier de manière différente dans le cas d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte unilatéral de l'administration et dans le cas d'un recours de plein contentieux dirigé contre un contrat administratif. En effet, dans le premier cas, le recours constitue une opportunité de contrôler la légalité

des actes de l'administration alors que dans le second cas, il constitue également un risque, s'il prospère, de porter atteinte à la stabilité de relations contractuelles établie et, ce faisant, aux intérêts du cocontractant. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*, le juge doit exiger, pour reprendre la formule de Gilles Pellissier, « une adéquation plus étroite entre l'intérêt invoqué par le requérant et le contrat qu'il entend contester » que dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Et, plus fondamentalement, il s'est agi pour le Conseil d'État de ne pas conférer aux ordres professionnels qualité pour contester tout contrat touchant à leur secteur d'activités, afin de ne pas leur donner l'opportunité de dissuader les acheteurs, par la simple menace d'un contentieux, de recourir à des dispositifs contractuels considérés par ces ordres comme contraires à l'intérêt de leurs membres.

Dans ses conclusions, Gilles Pellissier avait souligné que la réponse rendue sur la recevabilité de l'ordre des architectes vaudrait nécessairement pour les autres ordres professionnels, à commencer par celui des avocats.

C'est donc sans grande surprise que le Conseil d'État a, par sa décision du 20 juillet 2021, appliqué le raisonnement dégagé par sa jurisprudence *Département de la Loire-Atlantique* dans un litige initié cette fois-ci par le Conseil national des barreaux (CNB).

Celui-ci avait contesté la validité d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'élaboration et la passation du marché de collecte des déchets ménagers attribué par la Communauté d'agglomération de la Rochelle à la Société Espelia, au motif que ce marché aurait dû, au regard de son objet juridique, être attribué à un cabinet d'avocats. Le CNB a même obtenu gain de cause en première instance et obtenu du tribunal administratif de Poitiers l'annulation du marché, confirmée ensuite par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 9 juillet 2020, alors même que la jurisprudence *Département de la Loire-Atlantique* avait déjà été rendue un mois plus tôt.

Saisi en cassation par la Société Espélia, le Conseil d'État annule, par une décision du 20 juillet 2021, l'arrêt du 9 juillet 2020, jugeant que, quand bien même ses critiques contre le contrat litigieux étaient fondées, le CNB n'était pas recevable à former un recours pour contester sa validité, statuant en ces termes : « Si, en vertu des dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1971, le Conseil national des barreaux a qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un professionnel du droit, la seule attribution, par une collectivité territoriale, d'un marché à un opérateur économique déterminé ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont le Conseil national des barreaux a la charge, alors même que le marché confié à cet opérateur une mission pouvant comporter la rédaction d'actes juridiques susceptibles d'entrer dans le champ des dispositions de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 ».

(4) CE 20 juillet 2021, req. n° 443346.

(5) CE 9 juin 2021, req. n° 438047.

(6) CE 3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique, req. n° 426932.

(7) CE 28 septembre 1984, Ordre des architectes du Limousin, req. n° 36467 ; CE 28 décembre 2001, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, req. n° 221649 ; CE 17 mai 2017, Communauté de communes de Petite Camargue, req. n° 396034.

(8) Gilles Pellissier, concl. ss CE 3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique, req. n° 426932.

En somme et ainsi que l'y invitait la Rapporteuse publique Mireille Le Corre^[9], le Conseil d'État a écarté l'idée d'ériger les ordres professionnels en une catégorie de tiers spécifiques, à mi-chemin entre, d'une part, les tiers « privilégiés », c'est-à-dire recevables à former un recours de plein contentieux sans avoir à justifier un quelconque intérêt lésé (membres de l'organe délibérant de l'acheteur et représentants de l'État dans le département) et, d'autre part, les autres tiers devant, à l'inverse, justifier une atteinte directe à leurs intérêts.

Pour autant, on rappellera que les ordres professionnels demeurent recevables à former des interventions au soutien de recours introduits par des tiers justifiant d'un intérêt à agir^[10].

Sur l'office du juge en présence d'un contrat irrégulier

La décision *Tarn-et-Garonne* a décrit l'office du juge confronté à un contrat administratif vicié de la façon suivante : lorsque le contrat peut être régularisé, le juge peut enjoindre aux parties de prendre les mesures nécessaires pour ce faire ; lorsque le vice n'est pas régularisable et ne permet pas la poursuite de l'exécution, il revient au juge de décider, le cas échéant avec un effet différé et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

Toutefois, la jurisprudence n'avait, jusqu'ici, pas déterminé si le juge était ou non tenu par les demandes des parties au litige et pouvait ainsi, par exemple, prononcer l'annulation du contrat alors que le requérant n'en sollicitait que la résiliation.

C'est désormais chose faite avec la décision n° 438047 rendue par le Conseil d'État le 9 juin 2021 dans un litige relatif à un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium, que la commune de Sainte-Eulalie avait confié à la société Maliegui.

Un cabinet d'avocats, candidat évincé de la procédure de passation, a saisi la juridiction administrative d'une demande de résiliation de ce marché, considérant que le marché aurait dû, de par la nature juridique de certaines des prestations en faisant l'objet, être attribué à un cabinet d'avocats. Sa demande a toutefois été rejetée en première instance.

En appel, le cabinet requérant a été plus loin, en ne demandant plus simplement la résiliation mais

l'annulation du contrat, compte tenu des vices entachant le contrat. Toutefois, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté son recours, considérant notamment que cette demande d'annulation constituait des conclusions nouvelles en appel et étaient par suite irrecevables ; la cour administrative d'appel avait également ajouté dans son arrêt : « en revanche, le juge du contrat ne peut, sans excéder son office, regarder comme tendant à l'annulation du contrat des conclusions qui tendent uniquement et explicitement à sa résiliation ni, saisi de telles conclusions, prononcer d'office la nullité de ce contrat ». Enfin, elle a considéré qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation du contrat, celui-ci ayant été totalement exécuté au jour de l'arrêt.

Saisi en cassation par le cabinet d'avocats, le Conseil d'État rappelle l'office du juge du contrat tel que défini par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* et en déduit le principe suivant : « le juge du contrat saisi par un tiers de conclusions en contestation de la validité du contrat ou de certaines de ses clauses dispose de l'ensemble des pouvoirs mentionnés au point précédent et qu'il lui appartient d'en faire usage pour déterminer les conséquences des irrégularités du contrat qu'il a relevées, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat ».

Ce faisant, le Conseil d'État juge, à l'inverse des juges du fond, que le juge du contrat n'est pas lié par les conclusions des parties pour tirer les conséquences d'un vice entachant la validité du contrat litigieux. Pour reprendre la formule utilisée par Mireille Le Corre dans ses conclusions sous cette décision : « Autrement dit, le juge dispose de la palette bien connue de mesures à sa main, et sa boussole pour retenir la mesure appropriée n'est pas la formulation des conclusions par les parties – dès lors évidemment qu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité – mais le type d'irrégularité auquel il est confronté »^[11].

Le Conseil d'État annule donc l'arrêt de la cour administrative d'appel pour erreur de droit et renvoie l'affaire au fond.

Il ressort de cette décision que le juge doit pouvoir annuler un contrat dès lors que le vice qu'il retient le justifie de par sa particulière gravité, sans être lié par le fait que le requérant n'aurait formulé que des conclusions tendant à la résiliation.

Pour autant, le juge demeure tenu par l'objet des conclusions (est-ce le contrat en entier qui est visé ou seulement certaines de ses clauses ?). Pour reprendre là encore les termes de Mireille Le Corre : « (le juge) ne peut s'auto-saisir de clauses qui ne seraient pas mises dans le débat par les parties sauf, alors, à statuer cette fois *ultra-petita* »^[12].

[9] Mireille Le Corre, concl. ss. CE 20 juillet 2021, Société Espélia, req. n° 443346.

[10] CE 10 février 2014, Société Cabinet Henri Abecassis, req. n° 367262.

[11] Mireille Le Corre, concl. ss. CE 9 juin 2021, req. n° 438047.

[12] *Ibid.*

Par cette jurisprudence, le Conseil d'État reconnaît ainsi au juge du plein contentieux la même liberté d'action que celle dont dispose déjà le juge du référé précontractuel qui, lorsqu'il est régulièrement saisi, dispose « de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence » et peut ainsi annuler une procédure de passation alors que seule la suspension est demandée⁽¹³⁾.

Toutefois, alors que le juge des référés est tenu, aux termes de l'article L. 551-12 du Code de justice administrative, d'informer préalablement les parties lorsqu'il

envisage de prendre des mesures d'office, Mireille Le Corre a soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'astreindre le juge du plein contentieux à la même obligation, hors du cas où celui-ci relève d'office un moyen d'ordre public : « Vous pourriez estimer que le juge devrait alors informer les parties de son intention d'annuler. Pourtant, même si cela est toujours possible, nous ne pensons pas qu'il faille en faire une obligation à peine d'irrégularité, car nous y voyons une forme de contradiction avec l'idée même que des conclusions présentées comme ne tendant qu'à la résiliation doivent être requalifiées en conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat, autorisant le juge à en tirer toutes les conséquences ».

Cette solution n'ayant pas été expressément confirmée par la décision du 9 juin 2021, il n'est pas à exclure qu'elle refasse débat à l'occasion d'une prochaine instance.

[13] CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, req. n° 289234.