

Fiche n° 2

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS II : LES RECOURS AU FOND

BIBLIOGRAPHIE

GOURDOU (J.), « Béziers II » : du grésilleme sur la ligne jurisprudentielle : *RJEP* 2013, étude 4.
LALLET (A.), « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *AJDA* 2011, p. 670.
DELELIS (S.), « L'indemnisation du préjudice contractuel », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, pp. 223-248.
PAILLET (M.), « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, p. 553.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions rapporteur public sur CE, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Herault transport
- Référence 2 :** CE, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Herault transport, n° 383149
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche
- Référence 4 :** CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, req. n°398445
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème Ch. Réunies, 23 décembre 2016, Association ATTAC Montpellier
- Référence 6 :** CE, 7ème et 2ème Ch. Réunies, 23 décembre 2016, Association ATTAC Montpellier , req. n° 392815 et 392819

DÉCISIONS DU CORPUS

CE, 31 mai 1907, Deplanque
CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure,
CE Sect., 27 janvier 1933, Le Loir,
CE, 20 octobre 1954, Pithois,
CE Sect., 24 avril 1964, Société de livraisons industrielles et commerciales,
CE Sect., 6 novembre 1970, Société anonyme touristique de la vallée du Lautaret (SATHOVAL),
CE, 26 novembre 1971, SIMA,
CE, Ass., 2 février 1973, Trannoy,
CE, 1er décembre 1976, Berezowski,
CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens,
CE Sect., 6 avril 2007, Centre hospitalier général Boulogne-Sur-Mer,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Le juge et l'inexécution du contrat administratif*

Épreuve pratique : Cas pratique

Le 3 avril 2014, la commune A et la société B ont signé une convention d'une durée de trois années sans mesure de publicité ou de mise en concurrence. La commune, propriétaire d'un terrain vague de centaines d'hectares, s'engage à le mettre gratuitement à disposition de la société pour qu'elle puisse déposer des matériaux inertes. En contrepartie, la société B réalise gracieusement un exhaussement général dudit terrain. La commune réalise cette opération pour pouvoir procéder à des plantations d'arbres et constituer un jardin ouvert au public.

En mai 2017, la société C, dont l'objet social est de transporter des matériaux inertes, vous engage pour attaquer ce contrat.

En premier lieu, vous examinerez la compétence du juge, l'intérêt à agir de la société et la nature du contrat.

En second lieu, vous évalueriez la possibilité pour la société d'obtenir la résiliation ou l'annulation du contrat et la réparation de son éventuel préjudice

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, n° 383149

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014 Département de Tarn-et-Garonne a réalisé ce que les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative qualifient de « véritable transformation du recours des tiers contre les contrats administratifs ». La présente affaire vous offre l'occasion de préciser deux aspects de ce nouveau recours.

La réponse aux questions aujourd'hui soumises à la Section du Contentieux découle de façon naturelle de la lettre autant que de l'esprit de la décision d'Assemblée. C'est la raison pour laquelle nous entamerons notre exposé par un rappel des caractéristiques du recours Tarn-et-Garonne et de ce qui le différencie radicalement des régimes précédents de recours des tiers contre le contrat.

1. Votre décision Martin de 1905 avait ouvert aux tiers la voie du recours pour excès de pouvoir contre les seuls actes détachables. L'action en nullité du contrat était réservée aux parties. Cette solution permettait de ne pas laisser les tiers désarmés face à un mode d'action de plus en plus fréquent de la puissance publique. Elle tirait les conséquences de ce que le contrat administratif n'était pas seulement la loi des parties.

L'annulation de l'acte détachable restait par elle-même sans incidence sur l'existence du contrat. Elle était « platonique » pour reprendre les termes du commissaire du Gouvernement Romieu. Le juge de l'excès de pouvoir saisi par les tiers se livrait à un constat portant sur la légalité objective des actes détachables. Il disait la vérité du droit. Mais seules les parties pouvaient saisir le juge du contrat pour faire valoir la lésion de leurs intérêts subjectifs.

2. Ce schéma initial aux lignes pures s'est progressivement surchargé.

I) En premier lieu, l'annulation des actes détachables n'est pas restée sans effets sur le contrat, à travers l'influence exercée sur le comportement des parties. Celles-ci pouvaient, dès l'origine, décider de tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable pour remettre en cause la validité d'un contrat.

Puis, à l'instigation du législateur, la contrainte est venue relayer la vertu : la loi du 16 juillet 1980, puis celle du 8 février 1995, ont conféré au juge administratif un pouvoir d'astreinte puis d'injonction pour assurer l'exécution de ses décisions.

Les tiers au contrat ont pu tirer parti de ces nouveaux outils. Le Conseil d'État a admis qu'ils puissent, via le juge de l'exécution, exiger des contractants publics qu'ils tirent les conséquences de l'illégalité : soit en régularisant le contrat, soit en saisissant le juge du contrat pour que celui prenne les mesures qu'appelait l'annulation de l'acte détachable.

II) En second lieu, un élément de complexité supplémentaire est venu s'ajouter avec la création d'exceptions au caractère intouchable du contrat pour les tiers. Ainsi, la jurisprudence a ouvert le recours pour excès de pouvoir aux tiers contre les clauses réglementaires du contrat, qui sont divisibles de celui-ci. Il a également été admis contre les contrats de recrutement des agents publics⁶, dont la réalité est celle d'actes unilatéraux de nomination.

Le législateur a créé deux exceptions supplémentaires à l'inviolabilité du contrat par les tiers.

Le représentant de l'Etat, gardien du principe de légalité, a pu contester directement les contrats administratifs⁷ pour excès de pouvoir⁸ dans le cadre du déféré préfectoral, y compris pour les contrats non soumis à l'obligation de transmission de la loi du 2 mars 1982.

Avec la loi du 4 janvier 1992 et l'ordonnance du 7 mai 2009, les tiers qui ont un intérêt à conclure un contrat et sont susceptibles d'être lésés par un manquement aux obligations de publicité et de

mise en concurrence ont pu saisir le juge des référés précontractuel ou contractuel.

Vous vous êtes alors trouvés confrontés à une situation paradoxale. L'absence d'accès des tiers au juge du contrat avait conduit à multiplier à leur bénéfice d'autres voies de recours : contre différents actes, à différents stades de la procédure et devant différents juges. Le recours contre le contrat restait donc pour les tiers une planète interdite, mais dans l'orbite de cette planète gravitaient un nombre croissant de satellites contentieux, répondant aux noms plus ou moins poétiques d'Ophrys, de Lopez, de Cayzeele ou de Lisieux, aux trajectoires densément entrecroisées.

Cette prolifération n'était pas satisfaisante pour la sécurité juridique des relations contractuelles, que la théorie de l'acte détachable avait précisément pour objectif de concilier avec le droit au recours. Elle faisait peser davantage d'incertitudes qu'un recours directement exercé, une fois pour toutes, contre le contrat. Elle n'était pas davantage satisfaisante pour les tiers, dont les armes n'étaient ni simples d'emploi, ni efficaces dans leurs conséquences.

3. L'Assemblée du Contentieux a donc décidé de faire œuvre révolutionnaire. Elle a accompli cette rupture en deux temps : une révolution conceptuelle avec la décision 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation, n°291545, p. 360, puis une révolution pratique avec la décision Département de Tarn-et-Garonne.

Une révolution conceptuelle d'abord : la décision Tropic a substitué au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, un recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat. Toutefois le Conseil d'État a doublement cantonné la portée pratique de ce changement de paradigme.

D'abord, le recours Tropic a été réservé à une catégorie déterminée de tiers, à savoir « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ».

Il s'agit de la catégorie de tiers dont la condition est objectivement la plus proche de celle des parties, puisqu'elle aspire à cette qualité. Il s'agit aussi de la catégorie qui avait le moins besoin de ce nouveau recours pour défendre ses intérêts. Le concurrent évincé dispose en effet déjà de l'arme efficace que constitue le référé précontractuel, de son prolongement le référé contractuel, ainsi que d'un recours tendant à l'indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat.

Le Conseil d'État est donc demeuré en deçà de la proposition faite par son commissaire du Gouvernement Didier Casas, qui visait pour sa part l'ensemble des tiers, sans distinction.

Ensuite, le basculement de la logique de l'excès de pouvoir à la logique du plein contentieux a été atténué. Ce tempérament, considérable, résulte de l'Avis Société Gouelle du 11 avril 2012. Il se traduit tant au stade de l'appréciation de l'intérêt pour agir, que de l'opérance des moyens soulevés dans le cadre du recours Tropic.

L'intérêt pour agir d'abord. Le Conseil d'État a retenu une conception plus qu'extensive du « concurrent évincé ». Il a jugé que cette qualité pouvait être « 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 ». Ainsi, toute entreprise susceptible d'intervenir dans un secteur d'activité déterminé se trouve investie de la faculté de saisir le juge d'un contrat conclu dans ce secteur.

L'opérance des moyens ensuite. Le Conseil d'État a estimé que le titulaire du recours Tropic pouvait soulever tout moyen. Autrement dit, l'opérance n'est pas subordonnée à la circonstance que le vice allégué ait un rapport avec la lésion de l'intérêt que fait valoir le concurrent évincé. Le Conseil d'État s'est ainsi clairement séparé des exigences posées en matière de référé précontractuel depuis sa décision SMIRGEOMES du 3 octobre 2008 ; et de façon plus générale, de la logique du recours de plein contentieux,

qui vise en principe à réparer un intérêt lésé et non à dire le droit au sujet de la légalité objective de l'acte attaqué.

Avec le recours Tropic tel qu'interprété par l'Avis Société Gouelle, le concurrent évincé se trouve investi d'un rôle de gardien de la légalité générale. Il peut contester aussi bien tout manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, que la méconnaissance des règles de fonctionnement internes qui s'imposent aux personnes publiques pour conclure leurs contrats, que la violation de n'importe quelle législation par les stipulations du contractuelles : urbanisme, consommation, environnement...

Faculté maintenue postérieurement à la création du recours Tropic : CE, 11 mai 2011, Société Rebillon Schmit Prevot, n°347002, p. 209 ; CE, Section, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES), n° 305420, p. 324

Ainsi, pour conclure sur le recours Tropic, celui-ci ne bénéficiait qu'à une catégorie déterminée de tiers – les concurrents évincés – mais les contours de cette catégorie, aussi bien que le contenu du débat devant le juge, étaient envisagés de façon plus que libérale. Le régime du déferé préfectoral a par la suite été aligné sur celui du recours Tropic en devenant un recours de plein contentieux¹³. En revanche, pour tous les tiers autres que les concurrents évincés, subsistait le régime antérieur du recours contre les actes détachables, éventuellement relayé par des conclusions aux fins d'insertion.

4. Après la révolution théorique du recours Tropic, c'est avec la décision Département de Tarn-et-Garonne que la Conseil d'Etat a accomplie la révolution sur le plan pratique.

L'objectif était simple, comme l'a souligné le rapporteur public Bertrand Dacosta : il s'agissait « de déplacer l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné, de telle sorte qu'aucune autre voie contentieuse ne puisse prospérer une fois le contrat signé ».

Le nouveau recours Tarn-et-Garonne, qui se substitue au recours expérimental Tropic, poursuit cet objectif à travers deux caractéristiques qui le distinguent très nettement du coup d'essai de 2007. La première consiste en une substitution cette fois-ci globale du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables. La seconde consiste à tirer toutes les conséquences du passage d'un contentieux objectif de la légalité à un contentieux subjectif de la défense des intérêts lésés. Abordons successivement ces deux aspects.

i) La substitution du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables, d'abord. Avec le recours Tarn-et-Garonne tous les tiers peuvent désormais contester la validité du contrat devant un juge de plein contentieux, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées.

La substitution du recours contre le contrat au recours contre les actes détachables quitte donc la zone expérimentale dans laquelle ne pouvaient pénétrer que le concurrent évincé et le représentant de l'Etat. Elle touche l'ensemble des tiers et devient la règle de droit commun.

Les nouveaux tiers concernés sont, d'abord, les membres de l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement de collectivité qui contracte. Ce sont ensuite tous les tiers qui n'appartiennent à aucune des trois catégories déjà envisagées et que les auteurs de la Chronique de jurisprudence à l'AJDA avaient plaisamment qualifiés de « Tiers Etat » : les contribuables locaux, les associations, les consommateurs, les usagers du service public, etc.

Les tiers paient le caractère direct et effectif de ce nouveau recours, d'une concession aux objectifs de simplification des mécanismes contentieux et de sécurité juridique des relations contractuelles poursuivis par la révolution Tropic-Tarn-et-Garonne. Il s'agit de l'abandon total du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, alors que Tropic laissait subsister cette voie

périphérique jusqu'à la signature du contrat. Avec Tarn-et-Garonne seul le représentant de l'Etat conserve cette faculté – seulement tant que le contrat n'est pas signé.

Le recours contre les actes détachables des contrats de droit privé de l'administration, qui se trouvent hors de portée du recours Tarn-et-Garonne, demeure. Il en va de même des recours dirigés contre les clauses réglementaires des contrats administratifs et contre les contrats des agents publics : ces stipulations n'ont de contractuelles que le nom.

Enfin, il est toujours possible d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de la personne publique qui se situent suffisamment en amont du contrat pour échapper à son orbite contentieuse. Nous pensons par exemple à la décision de principe de lancer un projet dont la mise en oeuvre donnera lieu ultérieurement à la passation d'un contrat. Ou à la décision d'opter pour tel ou tel type de contrat. Ou encore à la décision de recourir au contrat plutôt qu'à la régie. Le Conseil d'Etat pourrait aussi continuer à connaître de recours pour excès de pouvoir dirigés contre la décision de recourir à une délégation de service public prévue par l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales.

ii) Venons-en à la seconde caractéristique du nouveau régime de recours. Elle consiste à tirer toutes les conséquences du passage d'un contentieux objectif de la légalité à un contentieux subjectif de la défense des intérêts lésés. Ces conséquences se traduisent à deux stades de l'appréciation des demandes : l'intérêt pour agir du requérant et l'opérance des moyens soulevés, entre lesquels la décision Tarn-et-Garonne établit un lien indissociable.

L'intérêt pour agir d'abord. Ici, il convient de distinguer les tiers qui ont en charge un intérêt public, notamment constitutionnel, des autres tiers.

En effet, le recours Tarn-et-Garonne est ouvert à qualité au représentant de l'Etat et aux membres de l'organe délibérant. Gardien du principe de légalité pour le premier, gardien de la libre administration des collectivités territoriales pour le second, ils sont, seuls, amenés à jouer un rôle de défenseur de la légalité générale.

En revanche tout autre tiers, qu'il s'agisse des concurrents évincés, des associations, des contribuables locaux, des consommateurs, des usagers du service public – pour ne prendre que quelques exemples – ne peut former de recours Tarn-et-Garonne que s'il est « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par (la) passation ou (les) clauses » du contrat ».

Le concurrent évincé ne jouit donc plus du traitement préférentiel que lui avait ménagé le recours Tropic – traitement préférentiel paradoxal puisqu'il disposait déjà, nous l'avons dit, d'une large panoplie de recours. Il rejoint donc la cohorte démocratique du « Tiers Etat ». Au sein de celle-ci, chaque tiers devra faire valoir un intérêt subjectif cohérent avec sa nature : par exemple un intérêt patrimonial dans le cas du contribuable local, un intérêt au bon fonctionnement du service public dans le cas d'un usager, l'intérêt social dans le cas d'une association – et, si c'est une entreprise, son intérêt économique à obtenir le contrat.

En outre, l'exigence du caractère suffisamment direct et certain de la lésion de l'intérêt invoqué rompt de façon radicale avec la conception extensive du « concurrent évincé » issue de l'Avis Société Gouelle. Ainsi, on pourrait difficilement envisager une situation dans laquelle une entreprise qui n'aurait même pas présenté sa candidature pourrait faire valoir qu'elle a été lésée « de façon suffisamment directe et certaine » par la passation d'un contrat.

C'est donc un garde-fou solide que le Conseil d'Etat a entendu poser à ce premier stade – garde-fou cohérent avec le caractère désormais effectif du nouveau recours et avec sa nature subjective. La même logique est à l'œuvre au stade de l'opérance des moyens. Nous retrouvons ici la dichotomie entre les tiers en charge d'un intérêt public et les autres. Le représentant de l'Etat et les membres de l'organe délibérant peuvent invoquer « tout

moyen », « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge ». En revanche les représentants du « Tiers État » – qui comprennent désormais les concurrents évincés – ne pourront se prévaloir que des « vices en rapport direct avec l'intérêt dont ils se prévalent » et de ceux « d'une gravité telle que le juge devait les relever d'office ». L'argumentation des recours devra être donc élaguée pour se focaliser sur les moyens « en rapport direct » avec l'intérêt invoqué. Nous y reviendrons à la fin de nos conclusions.

5. le Conseil d'Etat a enfin été conduits à trancher la question de l'application dans le temps du nouveau régime de recours. L'Assemblée du Contentieux était saisie en effet d'un recours pour excès de pouvoir introduit par un conseiller général contre la délibération autorisant à l'exécutif départemental à signer le contrat litigieux. Le Conseil d'Etat était donc en présence d'un tiers appelé à bénéficier du nouveau recours Tarn-et-Garonne et à être privé du recours contre les actes détachables.

Il a donc été décidé de différer l'entrée en vigueur du régime Tarn-et-Garonne, comme cela avait d'ailleurs été le cas lors création du recours Tropic. Le nouveau recours « ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés » à compter du 4 avril 2014. Les recours contre les actes détachables de contrats signés avant cette date conservent donc leur objet.

6. La première question qui justifie le renvoi de la présente affaire devant la Section du Contentieux est donc de savoir si le différé d'entrée en vigueur du nouveau régime de recours, prévu très explicitement par Tarn-et-Garonne dans le cas des tiers qui ne disposaient auparavant que du recours contre les actes détachables, doit concerner également les concurrents évincés qui, eux, bénéficiaient notamment du recours Tropic, dès lors que Tarn-et-Garonne conduit à apprécier de façon plus restrictive l'intérêt pour agir de ces tiers et l'opérance des moyens qu'ils soulèvent devant le juge du contrat.

Nous l'avons dit en ouverture : la réponse à cette question découle de la lettre et de l'esprit de la décision d'Assemblée.

7. Le Syndicat mixte des transports en commun de l'Hérault – dénommé Hérault Transport – a lancé le 27 novembre 2008 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de passer un marché à bons de commande relatif au transport routier de voyageurs dans le secteur Mont d'Orb - Caroux. Ce marché devait s'exécuter sur le fondement d'un accord-cadre d'une durée de six ans, à conclure avec un seul attributaire.

La société Voyages Guirette a régulièrement présenté sa candidature mais son offre, classée deuxième, n'a pas été retenue et cette décision lui a été notifiée le 13 mai 2009.

La société a saisi le tribunal administratif de Montpellier d'un recours Tropic qui tendait à l'annulation du contrat et à son indemnisation des préjudices subis. Cette demande a été rejetée par un jugement du 19 novembre 2010. La cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement par un arrêt du 26 mai 2014, pour défaut de réponse à l'un des moyens soulevés par Hérault Transport. Elle a évoqué l'affaire et après avoir écarté l'ensemble des autres vices invoqués par le syndicat, elle a prononcé la résiliation du contrat en considérant que sa durée était excessive.

En revanche elle n'a pas fait droit aux conclusions indemnitaires des Voyages Guirette : elle a considéré qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'illégalité touchant à la durée du marché avait pu avoir pour effet de priver cette société d'une chance de l'emporter. Hérault Transport se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a prononcé la résiliation du contrat.

8. L'arrêt attaqué a été rendu sept semaines après la décision Département de Tarn-et-Garonne. La cour a toutefois entendu se placer dans le cadre du recours Tropic tel que précisé par l'Avis So-

ciété Gouelle. Cela ressort clairement de la motivation de sa décision.

La cour relève, d'une part, que la société Voyages Guirette retire de sa seule qualité de concurrent évincé un intérêt pour agir, d'autre part, que « la recevabilité et l'opérance des moyens » soulevés ne sont pas subordonnés à la question de savoir si les manquements du pouvoir adjudicateur sont susceptibles d'avoir lésé l'entreprise. La cour ne s'interroge pas non plus sur l'existence d'un « rapport direct » entre la durée excessive du contrat, motif de censure retenu et l'intérêt dont la société invoquait la lésion.

Hérault Transport soulève un premier moyen, tiré précisément de ce que la cour aurait méconnu son office en ne recherchant pas si la durée du marché était susceptible de léser les intérêts des Voyages Guirette. Autrement dit, elle demande au Conseil d'État de faire application du régime Tarn-et-Garonne au contentieux en cours.

9. Nous citons à nouveau les termes de Tarn-et-Garonne : « le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision ». Il en ressort évidemment que les tiers qui ne bénéficiaient d'aucun accès au juge du contrat ne pourront former un recours Tarn-et-Garonne qu'à l'encontre des contrats postérieurs au 4 avril 2014. Quid des concurrents évincés qui disposaient auparavant du recours Tropic?

L'incise « et selon les modalités précitées » pourrait couvrir cette hypothèse : celle des tiers qui bénéficiaient d'un accès au juge du contrat, mais selon des modalités différentes. Nous admettons cependant que la phrase toute entière pourrait aussi être interprétée comme un simple rappel du fait que les tiers, dans leur ensemble, ne bénéficiaient pas d'un recours devant le juge du contrat semblable à celui que crée la décision d'Assemblée.

Nous observons ensuite que les conclusions du rapporteur public, aussi bien que les commentateurs les plus éminents – les auteurs des Grands arrêts – ou les plus autorisés – ceux de la Chronique à l'AJDA – ne distinguent pas deux cas de figure. Ce silence peut être interprété comme la compréhension d'une solution identique pour les recours de tous les tiers. Mais aussi d'une solution limitant le différé d'application au cas particulier soumis à l'Assemblée, c'est-à-dire celui des tiers qui ne disposaient d'aucun accès au juge du contrat.

Les résultats de la seule exégèse ne sont donc pas concluants. Ce sont d'impérieux motifs de fond qui justifient, selon nous, des modalités uniformes d'entrée en vigueur du régime de recours Tarn-et-Garonne, quels que soient ses utilisateurs.

10. Le Conseil d'État a rappelé par sa décision Tropic, comme dans sa décision Tarn-et-Garonne, qu'il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance.

Il a également rappelé dans ces deux décisions les cas de figure dans lesquels il peut envisager de déroger à ce principe. Le premier vise les intérêts du requérant : c'est celui où l'application rétroactive aurait pour effet d'apporter une limitation à ce droit fondamental qu'est le droit au recours.

Le second cas de figure vise les intérêts des parties au contrat : c'est celui où l'application rétroactive méconnaîtrait l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations en cours.

Nous devons donc apprécier les effets de la substitution du recours Tarn-et-Garonne au recours Tropic de ce double point de vue. Limite-t-elle le droit au recours des tiers évincés ? Porte-t-elle une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours ?

11. Nous pouvons évacuer rapidement cette seconde question.

En effet, le recours Tarn-et-Garonne ne dote les concurrents évincés d'aucune voie de droit dont ils ne disposaient déjà. Par conséquent dans le cas de ces tiers, qui nous occupent aujourd'hui, la substitution de Tarn-et-Garonne à Tropic ne crée, par elle-même, aucune menace pour la sécurité juridique des contrats en cours.

Ce n'était évidemment pas le cas pour les tiers qui ne bénéficiaient pas du recours Tropic et c'est en se fondant sur l'impératif de sécurité juridique, nous l'avons dit, que le Conseil d'Etat avait explicitement différé l'entrée en vigueur du recours Tarn-et-Garonne pour ces tiers-là. Nous pouvons donc nous transporter directement sur le terrain du droit au recours.

12. Ce droit est garanti aussi bien par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que par les articles 6§1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est pourquoi, lorsqu'est en cause la substance du droit au recours, le Conseil d'Etat déroge au principe général selon lequel les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux instances en cours.

Plus exactement il distingue, au sein des règles qui relèvent en apparence de la procédure, celles qui affectent en réalité la garantie du droit au recours. Ce raisonnement a été posé par la décision CE, Sect., 13 novembre 1959, Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement et ministre des anciens combattants et des victimes de la guerre c/ Bacqué, n°38805 & 39949bis, p. 593. Il a été jugé, à propos de la suppression par décret de l'opposition devant les tribunaux administratifs : « que le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue ; que les voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés, sont, à la différence des formes dans lesquelles ce droit doit être introduit et jugé, des éléments constitutifs du droit dont s'agit ».

Ce principe vaut également pour les recours contre les actes administratifs. Et il vaut aussi bien pour les règles issues directement de textes législatifs ou réglementaires que pour celles qui ont été posées par la jurisprudence, y compris dans le cas où la règle nouvelle ne comporte aucune réserve relative à son application dans le temps : CE, Sect., 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris, n° 283141, p. 204 et CE, 17 décembre 2014, Serval, n° 369037, p. 392.

Les illustrations sont très nombreuses. On peut citer, parmi les règles apparemment procédurales mais dont l'application dans le temps a été différée car elles affectaient en réalité la substance du droit de former un recours :

- la suppression d'une voie de recours, en l'occurrence la cassation directe contre les jugements des tribunaux départementaux des pensions : CE, 11 juin 2003, Mme Halimi veuve Guerel, n°246456, T. p. 881 ;

- la modification du point de départ du délai de recours : CE, 27 mars 2000, Mme Leroy, n°196836, p. 139 ou encore la décision citée Serval ;

- la réduction de la durée du délai de recours : CE, 8 avril 1970, Guillemet, n°75137, p. 228 ;

- l'instauration d'un recours administratif préalable obligatoire : CE, 27 janvier 1997, Comité départemental du Vaucluse de la Fédération française de pétanque et jeu provençal, n°141182, T. p. 667 ;

- plus intéressant pour notre cas de figure, la limitation de l'intérêt pour agir par la règle de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme, selon laquelle une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation des sols que si le dépôt de ses statuts est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire : CE, 11 juillet 2008, Assoc. des amis des paysages bourganiauds, n°, 313386, T. p. 845-970 ;

- citons encore la limitation de l'intérêt pour agir contre certaines autorisations d'urbanisme posée par les articles L. 600-1-2 et L.

600-1-3 du code de l'urbanisme : d'une part, le projet attaqué doit affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien du requérant et, d'autre part, l'intérêt pour agir de celui-ci s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire : CE, 18 juin 2014, SCI Mounou et autres, n°376113, p. 163 ;

- citons enfin les règles de recevabilité des conclusions à fin de dommages intérêts pour citation abusive : cf. Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris.

13. Pour les concurrents évincés, le nouveau recours Tarn-et-Garonne affecte trois aspects du régime antérieur : un reliquat de recours contre les actes détachables, l'intérêt pour agir et l'opérance des moyens. Envisageons successivement ces trois aspects.

En premier lieu, le recours Tropic avait laissé subsister pour ses bénéficiaires la possibilité de contester les actes détachables du contrat jusqu'à la date de signature de celui-ci. En revanche, Tarn-et-Garonne pousse jusqu'au bout la logique de la substitution en faisant disparaître cette faculté – sauf dans le cas du préfet.

La perte de cette voie de recours constitue sans aucun doute une « limitation » de la substance de ce droit au sens de la jurisprudence. La comparaison avec l'affaire Tropic est éclairante à cet égard. En 2007, la fermeture du recours contre les actes détachables après la signature du contrat était la contrepartie de l'ouverture d'un recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même. C'est ce qui avait amené le Conseil d'Etat à juger que les règles de Tropic « prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation » au droit au recours des tiers évincés. Il en va de même avec le recours Tarn-et-Garonne dans les cas des tiers autres que les concurrents évincés. Ils sont privés du recours contre les actes détachables, mais désormais titulaires d'un accès au juge du contrat. La formule employée dans Tropic a donc été réutilisée dans Tarn-et-Garonne : « prises dans leur ensemble », les règles nouvelles « n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours » de ces tiers.

En revanche pour les concurrents évincés, Tarn-et-Garonne n'apporte aucune contrepartie à la perte de cette voie de droit. Les règles nouvelles posent donc bien, sur ce premier point, une limitation au droit au recours de cette catégorie de tiers.

En deuxième lieu, vient la question de l'intérêt pour agir. Nous avons cité les décisions Association des amis des paysages bourganiauds et SCI Mounou et autres, desquelles il ressort que la restriction de l'intérêt pour agir affecte la substance du droit au recours.

En l'occurrence Tarn-et-Garonne met bien en oeuvre une telle restriction, avec la nécessité pour le concurrent évincé de faire valoir qu'il susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon « suffisamment directe et certaine » par la passation ou les clauses du contrat attaqué.

En troisième lieu, vient la question de l'opérance des moyens.

Le Conseil constitutionnel semble considérer que l'invocabilité des moyens participe du droit au recours. En effet, ayant à examiner la conformité du nouvel article L. 600-1 du code de l'urbanisme issu de la loi du 9 février 1994, selon lequel l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme ne peut plus être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet de ce document, le Conseil constitutionnel avait rejeté au fond le moyen tiré de la méconnaissance du droit au recours.

Pour sa part, le Conseil d'Etat a jugé au sujet des mêmes dispositions de l'article L. 600-1 que le droit au recours faisait obstacle à ce qu'elles puissent s'appliquer lorsque l'exception d'illégalité avait été invoquée avant l'entrée en vigueur de la loi : CE, Sect., 5 mai 1995, Société « Coopérative maritime Bidassoa », n°140579, p. 194.

Il est vrai que la jurisprudence a retenu une solution différente pour l'application dans le temps de la règle d'inopérance issue de la décision SMIRGEOMES. En matière de référé précontractuel,

le concurrent évincé ne peut se prévaloir que des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de l'avoir lésé ou de risquer de le léser. Cette règle a été appliquée immédiatement aux contentieux en cours.

Cependant, la décision SMIRGEOMES prenait directement appui sur la lettre même de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Ces dispositions étaient bien antérieures à l'affaire en question et il s'agissait simplement de restituer leur portée. Il n'existe rien de comparable au cas présent, où le Conseil d'Etat a créé ex nihilo un nouveau régime de recours.

En outre le moyen tiré de l'erreur de droit commise par les juges du fond à avoir retenu comme fondé un moyen inopérant est d'ordre public en cassation : CE, 4 juin 2014, Société Opilo et Société Eurl Paris Plage, n°368254-368427, T. 817-826. Si Tarn-et-Garonne devait s'appliquer aux contentieux en cours, il faudrait relever d'office de telles erreurs de droit.

Si l'opérance des moyens participe du droit au recours, il ne va pas de soi qu'à elle seule, la restriction résultant de Tarn-et-Garonne serait de nature à justifier un différé d'entrée en vigueur du nouveau régime pour les tiers évincés. En effet, elle ne prive pas le requérant d'une voie de recours, à la différence des deux autres changements introduits par Tarn-et-Garonne, relatifs au recours contre les actes détachables et à l'intérêt pour agir. Au cas général les évolutions de la jurisprudence peuvent conduire à écarter comme inopérants, en application de la règle nouvelle, un moyen auparavant fondé et il continuera d'en être ainsi.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, le bilan de la substitution du recours Tarn-et-Garonne au recours Tropic pour le concurrent évincé est bien négatif sur le plan du droit au recours.

14. Il est d'ailleurs le seul tiers dans ce cas. En effet si l'on établit, entre les différentes catégories de tiers, un classement des gagnants et des perdants du nouveau régime de recours, le concurrent évincé occupe la dernière place.

Sur la première marche du podium on trouve les membres de l'organe délibérant : nouveau recours de plein contentieux, intérêt pour agir reconnu ès qualité et liberté de soulever tout moyen. Au regard de cette panoplie flamboyante, la perte du recours contre les actes détachables est un inconvénient très relatif.

Sur la deuxième marche on trouve les « tiers lambda » : associations, contribuables locaux, consommateurs, usagers du service public, etc. Ils sont dotés d'un nouveau recours de plein contentieux, mais leur intérêt pour agir et l'opérance des moyens sont appréciés au regard des intérêts subjectifs dont la lésion est alléguée. Le « tiers lambda » peut donc se trouver perdant dans les seuls cas où la contestation du contrat reposera sur la légalité d'actes détachables qu'il pouvait autrefois attaquer pour excès de pouvoir. Toutefois, à la portée « platonique » du régime ancien se substitue la portée effective du recours nouveau, ceci venant compenser cela.

Sur la troisième marche du podium on trouve le représentant de l'État. L'office du juge saisi d'un déferé préfectoral était déjà identique à celui du recours Tarn-et-Garonne et il n'y a donc pas de gain à cet égard. Son intérêt pour agir est reconnu ès qualité et sa liberté de soulever tout moyen reste entière. Enfin, le préfet continue à cumuler ce recours nouveau avec le recours contre les actes détachables jusqu'à la signature du contrat.

Enfin pointe le concurrent évincé. Comme le représentant de l'État, il n'a tiré aucun bénéfice de Tarn-et-Garonne puisqu'il pouvait déjà saisir le juge du contrat. Mais à la différence du préfet, il hérite de contraintes nouvelles : il perd totalement le recours contre les actes détachables et se voit imposer les mêmes exigences que les « tiers lambda » au stade de l'intérêt pour agir et des moyens invocables.

On voit que la création du recours Tarn-et-Garonne a des conséquences multiples sur le droit au recours des tiers. Ces conséquences jouent dans les deux sens : ouverture et restriction. Et surtout elles jouent de façon différenciée selon les catégories de

tiers. Tarn-et-Garonne a donc une nature « mixte » du point de vue du droit au recours. Mais pour les concurrents évincés, les conséquences sont uniformément restrictives.

Encore une fois, nous pensions qu'il n'est rien de choquant à cela puisque le concurrent évincé dispose par ailleurs de recours spécifiques, dont la portée est plus adéquate à ses besoins que le recours Tarn-et-Garonne : référé précontractuel pour faire obstacle à la signature du contrat et recours indemnitaire pour obtenir la réparation pécuniaire de son éviction. Le recours Tarn-et-Garonne revêt pour lui un caractère subsidiaire, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les autres tiers dont il constitue la seule arme.

Le Conseil d'État avait différé l'entrée en vigueur du recours Tropic pour des motifs de sécurité juridique. Toutefois, il en avait fait application immédiate au cas de l'espèce, pour ne pas priver la société requérante du nouveau droit au recours. La situation est inverse dans la présente affaire : l'application immédiate de Tarn-et-Garonne pourrait affecter le droit au recours des Voyages Guirette si le moyen tiré de la durée excessive du contrat n'était pas opérant au regard des nouvelles exigences en la matière.

15. Ces seules considérations relatives au droit au recours seraient suffisantes pour conduire à différer l'entrée en vigueur du nouveau régime pour les tiers évincés. Nous pouvons y ajouter diverses considérations d'opportunité.

La première est tirée de la prévisibilité et de la crédibilité de la jurisprudence. En effet le recours Tarn-et-Garonne, comme d'ailleurs le recours Tropic, est une création ex nihilo, un régime entièrement nouveau qui ne peut s'appuyer sur aucun texte. S'il avait été ouvert par voie législative ou réglementaire, la question de son application aux seules situations formées postérieurement à son entrée en vigueur n'aurait pas fait l'ombre d'un doute.

La seconde considération est tirée du souci de simplifier le paysage des recours en matière contractuelle, qui est l'un des objectifs la décision Tarn-et-Garonne. Le principe selon lequel le régime procédural des recours suit la date de signature du contrat est frappé du sceau de la clarté. C'est ainsi que l'on évitera aussi bien les pièges que les effets d'aubaine.

Les inconvénients de cette solution nous semblent mineurs. Certes le juge administratif devra gérer, pendant une période transitoire, l'existence parallèle du recours Tropic et du recours Tarn-et-Garonne dont les règles d'intérêt pour agir et d'opérance des moyens ne seront pas identiques – et qui différeront en outre de celles du référé précontractuel. Il est toutefois coutumier de telles situations lorsqu'elles découlent de la volonté du législateur ou du pouvoir réglementaire.

Certes également, on retarde l'entrée en vigueur d'un régime de recours mieux adapté à notre temps. Toutefois que le stock d'affaires pendantes devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel se limite à quelques dizaines. La face du contentieux n'en sera donc pas changée et le nouveau régime se mettra en place sur des bases loyales vis-à-vis des requérants potentiels comme des cocontractants.

Nous proposons donc de juger que le régime de recours issu de la décision Tarn-et-Garonne ne doit s'appliquer, pour les concurrents évincés, comme c'est déjà le cas pour les autres tiers, qu'aux contrats signés à compter du 4 avril 2014.

Et donc qu'en l'espèce, la demande présentée au tribunal administratif de Montpellier par les Voyages Guirette doit être jugée dans le cadre du régime Tropic. Si vous nous suivez vous écarterez donc le premier moyen, tiré par Hérault Transport de l'erreur de droit qu'aurait commis la cour en s'abstenant d'appliquer les règles d'opérance des moyens définies par Tarn-et-Garonne.

16. Il n'est donc plus nécessaire pour la résolution du présent litige de trancher la seconde question posée à la Section du contentieux, qui était de savoir si le moyen tiré de la durée excessive du contrat est utilement invocable par le concurrent évincé dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne.

Nous ouvrirons cependant une parenthèse sur ce point et plus généralement sur l'opérance des moyens dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne.

Nous avons déjà relevé à quel point les termes de cette décision établissent un lien fort entre l'intérêt pour agir et l'opérance des moyens. Le requérant, d'une part, doit être « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par (la) passation ou (les) clauses » du contrat et, d'autre part, ne peut invoquer « que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé » où ceux que le juge devrait relever d'office compte tenu de leur gravité.

La décision souligne ainsi que les tiers ont accès au juge du contrat uniquement pour obtenir réparation de la lésion d'un intérêt dont ils peuvent légitimement se prévaloir. L'opérance d'un moyen, dans ces conditions, ne peut être appréciée que de façon très concrète, au cas par cas, au regard de la réalité de l'intérêt invoqué, d'abord, puis de l'intensité du rapport avec la lésion de cet intérêt, ensuite.

Il est donc malaisé d'établir une classification a priori des moyens opérants et inopérants. Notamment parce que cette classification ne pourrait être commune à toutes les catégories de tiers. En effet les intérêts invocables diffèrent selon la nature de ceux-ci. Les concurrents évincés, pour leur part, ne peuvent se prévaloir que de leur intérêt à obtenir le contrat : ils ne peuvent donc soulever que les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec leur éviction.

A cet égard, le Conseil d'État pourrait estimer que le requérant n'a pas à établir formellement le caractère direct du lien entre le vice soulevé et l'éviction qui lèse son intérêt à obtenir le marché, mais simplement à démontrer sa vraisemblance. C'est un raisonnement analogue qui a été tenu en matière de référé précontractuel : CE, 29 avril 2011, Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n°344617, T. p. 1005-1021.

Il conviendra donc de mettre en œuvre, pour apprécier l'opérance des moyens dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne, une logique analogue à celle de la jurisprudence déjà citée SMIRGEOMES en matière de référé précontractuel. Nous disons bien analogue mais pas identique. Compte tenu de l'office des différents juges et des exigences spécifiques au recours Tarn-et-Garonne, le Conseil d'État pourrait très bien porter une appréciation différente sur l'opérance d'un même moyen au stade du référé précontractuel, puis du recours contre le contrat. Cette géométrie variable opèrerait dans les deux sens : des moyens inopérants dans le cadre de SMIRGEOMES ne le seraient pas dans le cadre de Tarn-et-Garonne et vice-versa. Envisageons quelques exemples qui concernent particulièrement les tiers évincés.

i) En matière de référé précontractuel, la spécialité d'une entreprise suffit à établir son intérêt à conclure un contrat et il n'est pas nécessaire qu'elle ait été effectivement candidate ou qu'elle établisse qu'elle a été empêchée de l'être : CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne, n°307143, T. p. 819-856. Une solution aussi extensive, d'ailleurs antérieure à SMIRGEOMES, est incompatible avec la conception de l'intérêt pour agir – et par voie de conséquence de l'opérance des moyens – développée par Tarn-et-Garonne. Le nouveau régime exige de l'entreprise requérante qu'elle ait été susceptible d'être lésée dans ses intérêts « de façon suffisamment directe et certaine ». Or, pour justifier d'une lésion présentant ces caractères, il faudrait au minimum que l'entreprise ait présenté une candidature, voire une candidature régulière, ou qu'elle démontre qu'elle a été empêchée de le faire.

ii) Ensuite, les moyens tirés de la méconnaissance des règles de compétence ou de procédure qui s'imposent aux personnes publiques lorsqu'elles contractent semblent a priori difficilement opérants, car on voit mal comment ces règles pourraient avoir une incidence directe sur l'éviction d'une entreprise.

iii) L'opérance des moyens tirés de la méconnaissance d'une règle de publicité ou de mise en concurrence est en revanche beaucoup plus évidente. Pour autant, cette opérance ne sera pas nécessairement acquise. En effet, la logique de contentieux subjectif qui est celle de Tarn-et-Garonne exclut que tout manquement de cette nature puisse être invocable par principe : là encore, la règle dont la violation sera invoquée devra être en rapport direct avec l'éviction.

Une appréciation des moyens qui conduirait à faire du nouveau recours une séance de rattrapage du référé précontractuel, ruinerait évidemment l'objectif de simplification de la carte des recours contentieux qui fonde Tarn-et-Garonne.

Il est dans l'intérêt du contribuable, des entreprises, d'une bonne administration de la justice et il est d'ailleurs conforme à la volonté du législateur européen, que le contentieux contractuel soit vidé le plus en amont possible. Et donc que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence soient traités au stade du référé précontractuel. Il serait contreproductif, à cet égard, de permettre au concurrent évincé de demander au juge du contrat ce qu'il pouvait obtenir du juge du référé précontractuel et qui lui a été refusé par celui-ci.

iv) Les moyens dirigés contre les irrégularités qui affectent l'analyse des offres seront assez naturellement en rapport direct avec l'éviction d'une offre régulière. Ils seront donc opérants sous cette condition dans le cadre de Tarn-et-Garonne, alors qu'ils ne le sont en principe pas dans le cadre du référé précontractuel.

v) Qu'en sera-t-il des moyens dirigés contre les stipulations contractuelles elles-mêmes ?

La décision Tarn-et-Garonne précise que la lésion des intérêts peut résulter de la passation du contrat mais aussi de ses clauses.

On peut imaginer en effet des clauses rédigées de telle façon qu'elles visent à évincer certaines entreprises au profit de leurs concurrents. Ainsi, la durée d'un contrat peut avoir un caractère déterminant sur la conception du contenu des offres, compte tenu notamment de la durée d'amortissement des investissements. Elle pourrait être utilisée par une personne publique pour écarter à dessein certaines entreprises.

Le moyen tiré d'une durée excessive du contrat pourrait donc, dans des circonstances particulières, être jugé opérant – dans la mesure, encore une fois, où cette durée serait en rapport direct avec l'éviction du concurrent à l'occasion de la procédure de passation.

Signalons qu'en matière de référé précontractuel, le Conseil d'État a jugé que pouvait être utilement invoqué le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du Code général des collectivités territoriales qui encadrent la durée d'une délégation de service public : CE, 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, n°312350, T. p. 819 ; ou encore le moyen tiré de l'incertitude sur la durée de la délégation empêchant les candidats de présenter utilement leurs offres : CE, 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n°334845, T. p. 858-896-934.

Au cas d'espèce, qu'en serait-il si nous devions appliquer les règles Tarn-et-Garonne ?

La cour a prononcé la résiliation du marché après avoir accueilli le moyen tiré de ce qu'en prévoyant une durée de six ans, Hérault Transport avait méconnu les dispositions du code des marchés publics qui fixent une limite de quatre ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés.

Il ne ressort pas de ce dossier - et n'est d'ailleurs pas soutenu - que cette durée illégale aurait un rapport direct avec l'éviction des Voyages Guirette. La cour a d'ailleurs rejeté les conclusions indemnitaires de l'entreprise en relevant qu'il ne résultait pas de l'instruction que la durée du marché avait eu pour effet de la priver d'une chance de l'emporter. Par conséquent, si la présente affaire avait été jugée dans le cadre du régime Tarn-et-Garonne,

nous aurions été amenés à considérer que le moyen tiré de la durée du contrat était inopérant.

vi) Enfin, il est probable que les concurrents évincés ne pourront plus soulever dans le cadre de Tarn-et-Garonne de moyen étranger au droit de la commande publique – environnement, urbanisme, consommation – car on peine à discerner comment un vice tiré de la méconnaissance d'une autre législation pourrait avoir un rapport direct avec l'éviction. A cet égard, la situation du concurrent sera à l'opposé de celle des autres tiers.

On conçoit mal en effet qu'une association, un consommateur, ou un usager du service public, puisse se trouver lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par un vice touchant aux seules règles de passation. Sauf s'il s'agit, par exemple, d'une association dont la transparence de la commande publique constitue l'objet même. En revanche, cette même association ou ce même consommateur sont davantage susceptibles d'être lésés par des stipulations de fond du contrat, qui seraient en rapport avec leurs intérêts.

Il nous faut rappeler, pour être complet, que la décision Tarn-et-Garonne a réservé le cas des vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. On pourrait ainsi envisager qu'une irrégularité ou une incertitude grave affectant les caractéristiques essentielles du marché – son objet, sa durée, son prix – entrent dans ce cas de figure.

17. Fermons cette parenthèse pour apprécier rapidement le mérite des trois derniers moyens du syndicat Hérault Transport dans le cadre du recours Tropic.

Nous avons dit que la cour a accueilli le moyen tiré de la méconnaissance du II de l'article 77 du code des marchés publics qui, dans sa rédaction applicable au présent contrat, fixe une limite de quatre ans pour les marchés à bons de commande. Cette durée ne peut être dépassé que « dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. ».

La cour a relevé, en premier lieu, qu'aucune des exigences particulières énoncées dans le dossier de consultation ne justifiaient que la durée du contrat soit portée à six ans, en deuxième lieu, que la durée d'amortissement des autocars admise par l'administration fiscale était de quatre ou cinq ans et non de six ans, enfin, que les candidats disposaient pour partie de véhicules déjà amortis et pour partie de véhicules récents qui, après l'expiration du marché, pouvaient soit être revendus, soit continuer à être amortis dans le cadre d'autres contrats.

Le syndicat « Hérault transport » soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit en tenant compte des possibilités de réutilisation ou de revente des véhicules après la fin du marché. Ce moyen n'est pas fondé, car il est tout à fait cohérent pour le juge d'apprécier la nécessité d'amortir les investissements en tenant compte des caractéristiques concrètes des équipements requis par le marché – en l'occurrence des autocars.

Le syndicat « Hérault transport » soutient ensuite que la cour a commis une erreur de qualification juridique en considérant que la durée de six ans n'était pas justifiée.

La question du contrôle de cassation sur ce point n'est pas tranchée.

Le Conseil d'État a déjà procédé à un contrôle de qualification juridique dans le cadre du référé précontractuel, par votre décision non fichée sur ce point CE, 11 mars 2013, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie – Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, n°364551 & 364603, T. p. 691-702-762-807.

En outre les dispositions du code des marchés publics qu'il s'agit d'appliquer encadrent fortement les pouvoirs adjudicateurs puisqu'elles fixent une durée maximale et n'autorisent à y déroger qu'à titre exceptionnel.

Elles mentionnent enfin deux critères, certes non limitatifs, pour apprécier le caractère exceptionnel de la situation : objet du marché et durée des amortissements. Une telle approche justifierait un contrôle normal des juges du fond. Nous pensons donc qu'il y a matière à un contrôle de qualification juridique en cassation.

Le syndicat Hérault transport soulève deux arguments à l'appui de ce moyen. D'abord il soutient que la cour ne pouvait se livrer à une appréciation purement théorique en se fondant, comme elle l'a fait, sur la seule durée d'amortissement fiscal, sans prendre en compte l'amortissement comptable et économique dont les durées sont supérieures. Le requérant se borne toutefois à énoncer sur ce sujet des généralités sans rapport avec la qualification des circonstances de l'espèce.

Il soutient ensuite que les particularités de ce marché – en matière de sécurité, d'accessibilité aux personnes handicapées, de normes environnementales – auraient imposé une durée de six ans. Mais le contenu des particularités en question, aussi bien que leurs conséquences sur la conception des offres ne sont aucunement étayées. La circonstance que soient requises des « exigences qualitatives de haut niveau » ne suffit pas à caractériser l'existence d'un « cas exceptionnel » au sens de l'article 77 du code des marchés publics : c'est donc à bon droit que la cour a souverainement écarté cette branche de l'argumentation.

Hérault transport soutient enfin que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en prononçant la résiliation du contrat sans rechercher, comme le syndicat l'y invitait, si une telle mesure ne portait pas atteinte à l'intérêt général. Ce moyen n'est pas davantage fondé que les précédents.

Certes, après avoir cité le considérant de principe de la décision Tropic, la cour s'est bornée ensuite à considérer « qu'eu égard à la nature de l'illégalité relevée ci-dessus, il y a lieu de prononcer la résiliation du marché litigieux ».

Cependant toute l'argumentation dont se prévaut aujourd'hui le syndicat mixte tendait en réalité à éviter l'annulation. Il proposait notamment à la cour, au nom de la protection de l'intérêt général, de prononcer à la place la résiliation du contrat.

En tout état de cause, ce ne sont pas les considérations d'intérêt général qui ont amené la cour à se limiter à une résiliation du contrat, mais la nature de l'illégalité dont il était entaché.

Vous écarterez donc ce dernier moyen.

Et par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.

Référence 2 : CE, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, n° 383149

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport a conclu en 2009 avec le groupement d'entreprises Pons Laurès un marché à bons de commande portant sur des services de transports scolaires et réguliers de voyageurs dans le secteur Mont d'Orb - Caroux ; que, la société Voyages Guirette, dont l'offre avait été rejetée par un courrier du 13 mai 2009, a saisi le tribunal administratif de Montpellier d'un recours contestant la validité de ce contrat et de conclusions tendant à ce que le syndicat mixte soit condamné à l'indemniser du préjudice né de son éviction irrégulière ; que, par un arrêt du 26 mai 2014, la cour administrative d'appel de Marseille a, d'une part, annulé le jugement du 19 novembre 2010 par lequel le tribunal administratif de Montpellier avait rejeté cette demande, et, d'autre part, prononcé la résiliation du contrat litigieux et rejeté les conclusions indemnitaires de la société Voyages Guirette ; que le syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a prononcé la résiliation du contrat ;

Sur les règles applicables au recours :

2. Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, 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 est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que si le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ; que le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ;

3. Considérant toutefois que la décision n°358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'État, statuant au contentieux a jugé que le recours défini ci-dessus ne trouve à s'appliquer, selon les modalités précitées et quelle que soit la qualité dont se prévaut le tiers, qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de cette même décision ; qu'il en résulte que le recours de la société Voyage Guirette, formé le 7 août 2009 devant le tribunal administratif de Montpellier, doit être apprécié au regard des règles applicables avant ladite décision, qui permettaient à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure un contrat administratif d'invoquer tout moyen à l'appui de son recours contre le contrat ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en retenant, pour résilier le marché public contesté, un moyen tiré de l'illégalité de la durée de cet accord-cadre, sans avoir recherché si ce moyen pouvait être utilement invoqué par la société, eu égard à l'intérêt lésé dont elle se prévalait, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni méconnu l'étendue de son office ;

Sur les autres moyens :

5. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics : « (...) II. - *La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. / L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. (...)* » ;

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat litigieux a été passé pour une durée de six ans afin, comme le soutenait le pouvoir adjudicateur, « *de tenir compte des investissements nécessaires, conséquences des exigences qualitatives en matière de sécurité, d'accessibilité et de normes environnementales, figurant dans le dossier de consultation des entreprises* » ; qu'en jugeant, après avoir notamment relevé dans sa décision, d'une part, que la durée d'amortissement des véhicules utilisés, retenue par

l'administration fiscale, était de quatre ou cinq ans et, d'autre part, que l'attributaire pouvait utiliser des véhicules d'une ancienneté maximale de dix ans, que les exigences qualitatives prévues par les documents de la consultation ne plaçaient pas le syndicat mixte dans un cas exceptionnel justifiant qu'il fût dérogé à la durée de quatre ans prévue par les dispositions citées ci-dessus du code des marchés publics, la cour n'a pas donné aux faits ainsi énoncés une qualification juridique erronée ; qu'elle n'a, en tout état de cause, pas non plus commis d'erreur de droit en tenant compte des possibilités de réutilisation ou de revente des véhicules nécessaires à l'exécution du contrat litigieux pour apprécier les modalités de leur amortissement ;

7. Considérant, en second lieu, que si le syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport soutient que la cour aurait méconnu l'étendue de son office et commis une erreur de droit en prononçant la résiliation du contrat sans s'assurer que cette mesure n'était pas de nature à porter atteinte à l'intérêt général, il ressort des écritures du syndicat devant la cour administrative d'appel que ce dernier demandait à la cour, dans l'hypothèse où elle estimerait que l'illégalité invoquée par la société appelante était de nature à vicier la procédure, de ne pas annuler le marché, eu égard précisément à la nécessaire protection de l'intérêt général, mais de se limiter à en prononcer la résiliation ; qu'eu égard à l'absence de tout élément de nature à établir que la résiliation du contrat était elle-même de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général, il s'ensuit que le syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport n'est pas fondé à soutenir qu'en faisant droit à cette demande, la cour administrative d'appel de Marseille aurait commis une erreur de droit ou méconnu l'étendue de son office ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi du syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport ne peut qu'être rejeté ;

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne (n° 358994, rec. p. 70, concl. B. Dacosta), a révisé une profonde recomposition des voies de recours ouvertes aux tiers à un contrat administratif à l'encontre de ce dernier. Revenant sur une jurisprudence plus que séculaire qui ne leur permettait que de demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables du contrat (CE, 4 août 1905, Martin, p. 749), vous avez jugé qu'ils pouvaient désormais, par un recours de plein contentieux, contester directement la validité du contrat. Cette évolution, précisons-le d'emblée pour ne plus y revenir, dans le sillage de laquelle s'inscrit celle que nous allons vous proposer aujourd'hui, ne concerne pas les contrats de recrutement d'agents publics, qui peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir depuis votre décision de Section du 30 octobre 1998, ville de Lisieux (rec. p. 375, ccl. Stahl. Solution confirmée par la décision 2 février 2015, Castronovo c/ Cne d'Aix-en-Pce, n° 373520, au rec).

La conséquence de l'ouverture aux tiers d'une voie de recours directe contre le contrat est la fermeture de la voie de contournement que représentait le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de la conclusion du contrat. Elle ne demeure que de manière marginale, dans des cas et dans des conditions qui garantissent contre toute velléité des tiers de l'utiliser pour s'affranchir des règles régissant la voie nouvelle qui leur a été ainsi ouverte : les actes concourant à la conclusion du contrat et tant que celui-ci n'est pas conclu restent détachables pour le représentant de l'État qui peut les contester par la voie de l'excès de pouvoir, dans le cadre du contrôle de légalité ; l'acte administratif portant

approbation du contrat par une autorité qui n'en est pas partie, certes postérieure à sa conclusion mais nécessaire à son exécution, est également détachable du contrat pour les tiers qui sont recevables, sous certaines conditions, à en contester la légalité devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier, n° 392815, aux T sur ce point) ; enfin, restent justiciables du recours pour excès de pouvoir les actes administratifs détachables de la formation des contrats de droit privé (Sect, 26 nov 1954, Syn de la raffinerie du soufre française, p. 620 ; CE, 27 février 2015, M. Arrou et autres, n° 386595, aux T sur ce point).

La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat (Ass, 10 juillet 1996, Cayzeele, p. 274, solution étendue à la décision de refus de les modifier : CE, 15 janvier 1999, Sabaty, n° 188588, DA 1999, n° 67), que la décision Département de Tarn-et-Garonne maintient expressément, participe d'une logique différente puisqu'elle vise à permettre aux tiers de saisir une norme de portée générale, non contractuelle bien que contenue dans le contrat et de ce fait détachable de celui-ci.

Si nous avons employé le terme de recomposition pour décrire la portée de votre décision Dept de Tarn-et-Garonne, c'est parce qu'elle ne se contente pas de faire passer un recours d'une branche du contentieux à une autre mais que, d'une part, elle redéfinit substantiellement les modalités, d'autre part, elle l'insère dans l'ensemble plus vaste des contentieux contractuels, en permettant aux tiers de saisir un juge du contrat dont l'office a été également profondément redéfini au cours de la dernière décennie (sur l'office du juge du contrat saisi par les parties : Ass, 28 déc 2009, Cne de Béziers, n° 304802, p. 509). Aujourd'hui, le tableau des contentieux contractuels hors fonction publique offre un paysage qui se rapproche d'un jardin à la française : les différents recours dont disposent les tiers et les parties sont autant de voies aboutissant au juge du contrat doté des mêmes pouvoirs de donner au litige une solution qui représente le meilleur équilibre entre les exigences de la légalité, de l'intérêt général et de la stabilité des relations contractuelles, dans le respect des droits créés.

Cette recomposition n'est cependant pas encore complètement achevée. La jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne ne concerne que la contestation du contrat et les actes détachables antérieurs à sa conclusion qui permettraient auparavant aux tiers d'en contester indirectement la validité. Si, en dehors des voies de recours spécialement destinées à permettre aux candidats évincés d'obtenir le respect des règles de mise en concurrence, la contestation du contrat concentre l'essentiel des recours des tiers en matière contractuelle, ceux-ci ont également la possibilité de contester certains actes détachables relatifs à l'exécution du contrat. Cette faculté leur a été ouverte, et à eux seuls, par la décision de Section du 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC) (n° 53518, p. 239, AJDA 1964, p. 308, concl. Combarous) dont la formulation très générale mérite d'être citée : la société requérante est, « en sa qualité de tiers par rapport à ladite convention, recevable à déférer au juge de l'excès de pouvoir, en excipant de leur illégalité, tous les actes qui bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Est ensuite qualifiée de détachable du contrat la décision de la personne publique cocontractante refusant d'en prononcer la résiliation, c'est à dire d'y mettre unilatéralement fin avant sa complète exécution.

Les décisions par lesquelles vous avez fait application de cette jurisprudence sont infiniment moins nombreuses que celles ayant appliqué la jurisprudence Martin. Elles se comptent sur les doigts d'une main : outre la décision de principe que nous venons de citer, vous avez statué sur des refus de résiliation à deux reprises par des décisions Fayard du 11 janvier 1984, (p. 4) et société Eiffel-Distribution du 8 décembre 2004, (n° 270432, aux T), cette

dernière dans le cadre d'un référé suspension. Vous avez ensuite étendu cette solution au recours de tiers contre la décision de résiliation elle-même (Ass, 2 février 1987, sté TV6, sté France 5, p. 29, RFDA 1987, p. 29, ccl. M. Fornacciari).

La présente affaire, qui s'inscrit dans un litige comparable à celui de la décision SA LIC, vous donne l'occasion, et nous venons de voir qu'elle est rare, de poursuivre votre œuvre de recomposition des recours en matière contractuelle en réexaminant les modalités, les conditions de recevabilité et les effets des recours des tiers contre certaines décisions prises au cours de l'exécution du contrat, à savoir les décisions de refus d'en prononcer la résiliation. Mais, sauf à vouloir en profiter pour traiter l'ensemble des recours des tiers contre des mesures d'exécution du contrat, ce que nous ne vous proposerons pas, votre décision complètera l'édifice, sans l'achever.

Nous commencerons par vous exposer les raisons qui justifient à nos yeux de revoir les modalités des recours des tiers auxquels a été opposé un refus de résilier le contrat.

Contrairement à l'usage, nous ne ferons valoir aucun argument en faveur du maintien sous l'empire de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne d'un recours pour excès de pouvoir ouvert aux tiers à l'encontre de cette décision car nous n'en avons tout simplement pas trouvé. Non seulement les justifications de la reconnaissance de cette voie de droit n'existent plus, mais son maintien serait à la fois incohérent au regard des nouvelles règles régissant les actions des tiers en contestation de la validité du contrat et de nature à en compromettre les finalités.

En premier lieu, les mêmes raisons qui vous avaient conduits à ouvrir aux tiers le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de l'exécution du contrat plaident aujourd'hui pour redéfinir ce recours par référence à la voie principale de la contestation de la validité du contrat ouverte aux tiers par la décision Dépt de Tarn-et-Garonne.

Ces recours sont en effet proches par leurs objets et par leurs fins, la contestation du contrat dans un cas, de son maintien dans l'autre, à tel point que la décision SA LIC fait en quelque sorte masse des deux en décrivant l'objet de la demande présentée au tribunal administratif comme tendant « à contester le droit du ministre... de passer et de maintenir avec la société SVP un accord... ». Comme le faisait observer le président Combarous dans ses conclusions sur cette décision, dans le cas du recours contre le refus de résilier « comme dans le cas du recours dirigé contre l'acte de passation, le requérant conteste, suivant l'expression même de vos arrêts, le droit pour l'administration de passer certaines conventions ».

Cette proximité des objet et finalité des recours est la raison invoquée par le commissaire du gouvernement de l'affaire SA LIC pour étendre aux refus de résiliation la jurisprudence Martin : « dès lors que vous admettez le recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de l'acte de passation du contrat, il faudrait de très fortes raisons pour admettre que le recours tendant au retrait total ou partiel de cet acte n'est pas possible ». La circonstance que l'acte soit postérieur à la conclusion du contrat ne justifie pas, à elle seule, de lui réserver un sort différent dès lors, expliquait-il, que le critère de la détachabilité n'est pas le moment auquel l'acte intervient mais son objet : sont détachables « les actes par lesquels l'administration décide de contracter » ; ne le sont pas « les actes pris en vertu du contrat et dans le cadre de celui-ci ». Cette distinction, nous le verrons, demeure parfaitement valable.

Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui vous ont conduit à ouvrir aux tiers un accès direct au juge du contrat pour contester la validité de celui-ci. Disons simplement que, loin de remettre en cause la possibilité de cette contestation, vous avez voulu la rendre à la fois plus simple dans son usage, plus efficace et plus équilibrée dans ses effets. Dès lors que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre le refus de résiliation constituait la suite logique de l'ouverture de ce recours contre les actes de pas-

sation, la transformation du recours contre le contrat doit s'étendre au recours contre le refus de le résilier.

En second lieu, le maintien d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus de résiliation, compte tenu précisément de la proximité de cette décision avec celle de passer le contrat, compromettrait l'équilibre entre légalité et stabilité contractuelle que poursuit la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. Cet équilibre résulte à la fois des conditions encadrant le recours des tiers contestant la validité du contrat, conditions relatives au délai pour agir, de deux mois à compter des mesures de publicité adéquates du contrat, à leur intérêt pour agir, qui doit, sauf exceptions, être suffisamment direct et certain et aux moyens qu'ils peuvent invoquer qui doivent, en règle générale, être en rapport avec leur intérêt, et des pouvoirs étendus reconnus au juge du contrat saisi du recours pour déterminer les conséquences sur le contrat de l'irrégularité qu'il constate. Or le recours pour excès de pouvoir n'offre pas les mêmes possibilités d'ajustement des modalités du recours. L'intérêt pour agir est traditionnellement apprécié de manière plus libérale ; plus encore, il est difficile de limiter les moyens susceptibles d'être invoqués par le requérant ; enfin, l'office du juge de la légalité est beaucoup plus contraint que celui du juge du plein contentieux contractuel. Ces raisons sont celles qui vous ont conduits à ouvrir aux tiers un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat plutôt que d'étendre aux contrats le recours pour excès de pouvoir.

Par conséquent, maintenir le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat, dont la légalité dépend notamment, ainsi que cela ressort expressément de la décision SA LIC, de celle du contrat, et dont l'annulation implique en principe la résiliation du contrat, revient à permettre à n'importe quel tiers y trouvant quelque intérêt de remettre en cause à tout moment l'existence du contrat alors même qu'il ne serait pas ou plus recevable à en contester directement la validité, contrairement à l'objectif de sécurisation du contrat dans ses éléments constitutifs après l'expiration des délais de recours à son encontre visé par la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. L'éventualité de ce recours fait ainsi peser sur le contrat la même menace que celle que faisait peser l'annulation de l'acte détachable relatif à sa passation à partir du moment où le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif lui a fait perdre son effet platonique.

Les circonstances de la présente affaire illustrent parfaitement ce risque : Le Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT) a été constitué en 2000 entre plusieurs collectivités et établissements publics de coopération intercommunale des départements de la Seine-Maritime et de la Somme pour poursuivre l'exploitation de la liaison maritime entre Dieppe et Newhaven, à la suite du départ de la société P&O. Après l'avoir exploitée en régie, le syndicat en a confié l'exploitation à la société Louis Dreyfus Armateurs, par une convention du 29 décembre 2006, pour une durée de 8 ans, ultérieurement prolongée pour trois ans. En novembre 2010, les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel group Ltd, qui exploient, à presque 200 km de Dieppe, sous la dénomination Eurotunnel, le tunnel sous la Manche, ont demandé au Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche de résilier cette convention. N'ayant pas obtenu de réponse, ils ont contesté cette décision implicite de rejet devant le TA de Rouen qui a rejeté leur demande, puis devant la CAA de Douai qui y a fait droit au motif que le contrat était en réalité un marché public qui ne pouvait être légalement passé selon les règles applicables aux délégations de service public. Elle a enjoint au Syndicat mixte de résilier la convention dans un délai de six mois. Vous avez, à la demande du Syndicat requérant, ordonné le sursis à exécution de cet arrêt.

Si la qualification juridique de la convention sur laquelle repose l'arrêt est critiquée par le syndicat requérant, il ne conteste aucunement le principe même d'une appréciation de la légalité de la décision de refus de résilier la convention à l'aune de la régularité

de cette dernière. Un tel contrôle résulte de la décision SA LIC qui assimile décision de conclure et décision de maintenir le contrat et dont les motifs sont entièrement consacrés au droit du ministre de la conclure.

Or le moyen que la cour a retenu pour annuler le refus de résilier le contrat et enjoindre à la personne publique de le faire aurait été écarté comme inopérant par le juge du contrat saisi d'un recours des mêmes requérants en contestation de la validité du contrat, dans le cadre de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. A supposer même que l'intérêt exclusivement commercial de ces requérants ait pu être regardé comme suffisamment direct et certain, l'irrégularité de la procédure de passation du contrat est sans rapport avec leur intérêt, dès lors qu'ils n'étaient ni candidats à l'attribution de la convention ni n'allèguent avoir été dissuadés de l'être du fait de l'irrégularité qu'ils invoquent. Par ailleurs, vous savez que l'application d'une procédure de sélection inapplicable n'est pas, sauf circonstances très particulières qui ne sont pas réunies en l'espèce, une irrégularité d'une gravité telle que le juge doive la relever d'office (voyez notamment CE, 12 janvier 2011, Société des autoroutes du nord et de l'est de la France, n° 332136, aux T sur ce point).

Il est vrai que la cour n'était pas tenue d'enjoindre au Syndicat de résilier la convention. Le juge de l'exécution dispose, selon la grille établie à propos de l'office du juge chargé de déterminer les effets de l'illégalité de l'acte détachable du contrat sur ce dernier (21 février 2011, Société Ophrys, p. 54), d'une certaine marge d'appréciation des conséquences à tirer de l'annulation qu'il a prononcée : aucune régularisation n'étant en l'occurrence envisageable, il pouvait décider qu'un intérêt général faisait obstacle à la résiliation du contrat. Mais ces considérations d'intérêt général doivent être particulièrement fortes pour faire échec à un effet intrinsèque de l'annulation d'une décision, qui implique en principe qu'elle ne soit pas maintenue. La conséquence normale de la constatation que la personne publique ne pouvait légalement refuser de résilier est bien qu'elle doit le faire.

Même s'il ne se concrétise pas souvent, le risque que la jurisprudence SA LIC ne devienne une voie de contournement des règles de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat est certain et vous devez le conjurer, comme vous l'avez fait lorsque vous avez jugé que le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat d'une action en nullité du contrat n'était pas détachable des relations contractuelles, afin que les tiers ne puissent utiliser cette voie pour obtenir l'annulation du contrat, qui n'était alors accessible qu'aux parties et aux candidats évincés (CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunellois et autres, n° 293836, au rec).

Nous ne vous proposerons pas, pour ce faire, de supprimer ce recours, mais de l'adapter. En effet, l'ouverture aux tiers d'un recours contre le contrat lui-même ne nous paraît pas conduire à leur fermer toute possibilité de contester le refus de le résilier. A cet égard, si un contrat administratif est évidemment source de droits, il n'est pas assimilable à un acte individuel créateur de droits, ni par conséquent sa résiliation à une abrogation. Ne serait-ce que parce qu'un acte individuel créateur de droits devenu définitif ne peut être abrogé, y compris s'il est illégal ou si un changement des circonstances de droit et de fait l'a rendu tel (Sect, 30 novembre 1990, Association « Les Verts », p. 339 ; CE, 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A8, n° 202209, aux T, concernant un acte d'approbation d'un contrat), alors que la personne publique cocontractante peut toujours, à tout moment, décider la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ou à titre de sanction des fautes graves commises par le cocontractant dans l'exécution du contrat. Vous savez qu'il s'agit d'une prérogative de puissance publique dont elle dispose indépendamment des clauses du contrat et à laquelle elle ne peut contractuellement renoncer (CE, 6 mai 1985, Association Eurolat, p. 141).

Dès lors que la personne publique dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale des contrats auxquels elle est partie pour des mo-

tifs qui, pour certains, dépassent la conduite des relations contractuelles et ne sont ni nécessairement ni généralement tirés de l'irrégularité du contrat, il apparaît à la fois légitime que l'exercice de ce pouvoir puisse être contrôlé par un juge, même si ce contrôle sera le plus souvent très distancé, et qu'il puisse l'être à la demande d'un tiers. Comme nous l'avons dit, et votre décision SA LIC est fondée sur cette idée, le refus de résilier un contrat exprime une décision de même nature que celle de le conclure, mais dont l'objet, qui porte sur la poursuite de l'exécution du contrat, et les circonstances de droit et de fait dans lesquelles elle est prise, sont différents, de sorte que les motifs qui justifiaient la conclusion d'un contrat ne sont pas toujours ceux qui justifient son maintien. Dès lors, les tiers peuvent avoir tout autant intérêt à contester la poursuite de l'exécution du contrat que sa conclusion et le recours contre le contrat ne permet pas de contrôler le choix postérieur de la personne publique d'en poursuivre l'exécution.

Si vous partagez cet avis, il vous reviendra de définir les règles applicables au recours des tiers auxquels aura été opposé un refus de la personne publique cocontractante de résilier les contrats administratifs auxquels elles sont parties. Le refus de résilier un contrat de droit privé demeure quant à lui détachable de l'exécution de ce contrat, dont le juge n'est pas le juge administratif, et susceptible de recours pour excès de pouvoir.

La nécessité d'insérer harmonieusement ce recours dans l'ensemble du contentieux contractuel conduit à en définir les règles par référence au recours des tiers en contestation de la validité du contrat, puisqu'il porte sur une décision dont l'objet est substantiellement proche et concerne une même catégorie de requérants, tout en les adaptant à la spécificité de son objet qui porte sur la décision de poursuivre l'exécution du contrat.

Comme vous l'avez fait pour le recours en contestation de la validité du contrat, il convient de diriger ce recours vers le juge du contrat, qui est le mieux outillé pour y statuer, et de le recentrer sur l'objectif recherché par le requérant, qui est d'obtenir la cessation de l'exécution du contrat.

Le tiers requérant devra d'abord la demander à la personne publique cocontractante, afin de lier le contentieux, mais la décision de refus qui lui aura été opposée ne sera pas l'objet de son recours contentieux, comme lorsqu'il s'agissait de parvenir à la résiliation du contrat par la voie détournée de l'annulation de l'acte détachable suivie d'une injonction de résilier le contrat. La contestation du refus de résiliation qui aura été opposé au tiers ne sera que le vecteur de conclusions qui tendront à ce que le juge du contrat, juge de pleine juridiction qui dispose de ce pouvoir, prononce la résiliation du contrat. Ce ne sera pas la première fois que vous fonctionnez ainsi des conclusions aux fins d'annulation et d'injonction pour définir, dans le cadre d'un contentieux devenu de pleine juridiction, l'office du juge en fonction de ces dernières (voyez, par exemple, en matière de démolition d'ouvrage public mal planté : CE, 13 février 2009, Cté de cnes du canton de Saint-Malo de la Lande, n° 295885, aux T). Mais ce schéma est surtout celui que vous avez élaboré par votre décision de Section du 21 mars 2011, cne de Béziers (n° 304806) pour le recours d'une partie au contrat contre une décision de résiliation : la contestation de la validité de la mesure de résiliation n'est que l'occasion d'un recours qui tend à la reprise des relations contractuelles. Nous dirons donc en paraphrasant notre collègue Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions sur cette décision, que le cœur de l'office du juge est ici de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non se poursuivre.

Comme vous l'avez admis dans le cadre de la contestation de la validité du contrat, les tiers pourront demander en référé, à l'occasion du refus qui leur aura été opposé de résilier le contrat, la suspension de l'exécution du contrat. Le référé pourra produire ici plus d'effets que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, où il ne pouvait conduire qu'à suspendre l'exécution du refus de résiliation et à obliger l'administration à réexaminer la demande de résiliation (CE, 8 décembre 2004, sté Eiffel distribution, préci-

tée). La suspension de l'exécution du contrat peut avoir des conséquences importantes sur les droits des parties et sur la gestion du service à laquelle il concourrait. La perturbation qu'elle cause dans les relations contractuelles est même presque plus forte lorsque leur interruption est temporaire. Mais ces effets ne sont cependant pas substantiellement différents de ceux qu'entraîne la suspension de l'exécution du contrat dans le cadre de l'application de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. Dans tous les cas, il appartiendra au juge des référés d'en tenir compte dans l'appréciation de l'urgence qui, comme vous le savez, consiste à mettre en balance les différents intérêts en présence. Il le fera dans le cadre de son office particulier qui est de décider si la résiliation s'impose. Nous ne pensons pas que leur éventualité doive, par elle-même, conduire à exclure cette décision du champ du référé suspension, ce que vous n'avez jamais fait pour aucune décision.

Enfin, le requérant pourra présenter des conclusions indemnitaires tendant à la réparation du préjudice que lui causerait le maintien du contrat au cas où le juge le déciderait malgré l'illégalité de la décision de refus de le résilier.

S'agissant des conditions de recevabilité du recours en résiliation du contrat, le parallélisme entre ce recours et le recours en contestation de la validité du contrat qui résulte de ce qu'ils tendent tous deux à remettre en cause un contrat conclu conduit à transposer au premier les conditions tenant à l'intérêt pour agir dégagées pour le second. En effet, l'exigence, selon les termes de votre décision Département de Tarn-et-Garonne, que le tiers requérant justifie « être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par le contrat est une composante essentielle de l'équilibre entre la légalité et la stabilité des relations contractuelles, qui ne doivent pas être placées sous la menace permanente d'un recours contentieux. Cet équilibre s'impose également voire de encore plus fortement au cours de l'exécution du contrat, qui n'a pas été contesté en temps utile ou l'a été sans succès, et dont les parties doivent pouvoir compter sur un environnement juridique qui garantisse qu'il sera normalement conduit à son terme. Il convient donc de réserver aux seuls tiers justifiant d'une atteinte directe à des intérêts suffisamment sérieux la possibilité d'en perturber le cours. Cette exigence s'appréciera au regard des conséquences pour les intérêts dont se prévaut le tiers de la poursuite de l'exécution d'un contrat. Ces intérêts ne seront donc pas nécessairement les mêmes que ceux susceptibles d'être lésés par la conclusion du contrat.

Comme vous l'avez fait pour la contestation de la validité du contrat, vous devrez faire une exception à cette exigence particulière en ce qui concerne l'intérêt pour agir du représentant de l'État, qui doit lui être reconnu du seul fait de sa mission constitutionnelle de contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales.

L'extension de cette exception aux membres des organes délibérants des collectivités territoriales pourrait être davantage discutée. Vous l'avez prévue s'agissant du recours en contestation de la validité du contrat car l'assemblée délibérante se prononce toujours sur la conclusion du contrat et que vous reconnaissez de manière générale aux membres des assemblées délibérantes un intérêt pour agir contre leurs délibérations. Or le refus de résilier le contrat ne donne pas toujours lieu à une délibération de l'assemblée de la collectivité. Cette différence ne nous paraît cependant pas de nature à prévaloir sur la similitude d'objet des recours et à introduire une distinction source de complexité.

La mise en œuvre du délai de recours de deux mois, règle d'application désormais générale, ne présente aucune difficulté en présence d'une décision provoquée : il courra à compter de la notification d'une décision expresse ou de la naissance d'une décision implicite, dans les conditions du droit commun.

Conformément à l'objet du recours, qui ne porte plus sur la légalité d'une décision et à l'office du juge qui en découle, les moyens qui pourront être utilement invoqués seront ceux tendant à établir non seulement que la personne publique ne pouvait refuser de

mettre fin à l'exécution du contrat mais encore et surtout que le juge doit décider de le faire. La fusion des conclusions en annulation et aux fins d'injonction dans ce nouveau recours en résiliation du contrat ne rend utiles que les moyens qui antérieurement auraient justifié une injonction de résilier le contrat. Ainsi, et en premier lieu, seront inopérants les moyens relevant de la régularité externe de la décision de refus de résiliation.

En deuxième lieu, seules les irrégularités du contrat initial qui font en principe obstacle à la poursuite de son exécution devraient pouvoir être invoquées à l'appui d'une demande tendant à sa résiliation. Les vices ayant un tel effet tiennent, selon les formulations de vos décisions les plus récentes, au caractère illicite du contenu du contrat, à l'existence d'un vice du consentement ou à une irrégularité d'une particulière gravité. Précisons qu'ils ne doivent pas avoir été régularisés et que les manquements aux règles de passation ne font pas partie de ces irrégularités, sauf, pour le dire rapidement, au cas tout à fait exceptionnel où ils seraient susceptibles de recevoir une qualification pénale. Ces vices d'une particulière gravité – pensons par exemple à une convention qui déléguerait des missions de police administrative – font en principe obstacle à l'exécution du contrat, tant pour la personne publique que pour le juge. La première est fondée à résilier le contrat qui serait entaché d'une telle irrégularité.

Vous avez ainsi jugé que la nécessité de mettre fin à une délégation de service public dont la durée dépassait la durée légale constituait un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale (CE, 7 mai 2013, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043, au rec) et que ne commettait aucune faute la personne publique qui résiliait un contrat reconduit en exécution d'une clause de tacite reconduction illicite (CE, 17 octobre 2016, cne de Villeneuve-le-Roi, n° 398131, aux T sur ce point). De son côté, le juge ne peut appliquer un contrat entaché d'une telle irrégularité, quel que soit le cadre dans lequel il est saisi : ces irrégularités sont d'ordre public tant pour le juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat par un tiers (Département de Tarn-et-Garonne) ou par une partie (Ass, 28 déc 2009, cne de Béziers, précitée) que pour le juge saisi par une partie d'un litige relatif à l'exécution du contrat, qui doit alors écarter le contrat et régler le litige sur un terrain non contractuel (même décision). Un tel vice fait également obstacle à ce que le juge du contrat ordonne la reprise des relations contractuelles, quels que soient les vices entachant la mesure de résiliation (CE, 1er octobre 2013, Sté Espace Habitat Construction, n° 349099, aux T sur ce point). Le juge du contrat ne pouvant prendre une décision ayant pour effet le maintien d'un contrat entaché d'un tel vice, il doit pouvoir, à l'occasion d'un recours contre le refus de le résilier, soulever d'office ce moyen qui conduira en principe à y mettre un terme. Dès lors que le juge peut se saisir d'office d'un tel moyen, il en devient nécessairement opérant pour le requérant.

En dehors de ces vices d'ordre public, les autres irrégularités dont celui-ci serait entaché ne devraient pas pouvoir être utilement invoquées à l'appui d'un recours en contestation du refus de résiliation. En effet, ces irrégularités, qui ne font donc pas obstacle à l'exécution du contrat, ont pu être invoquées à l'occasion du recours en contestation de la validité du contrat, désormais ouverte aux tiers. Dès lors qu'il existe une voie de recours qui permet à ces derniers de remettre directement en cause le contrat lors de sa conclusion et pendant un certain délai, c'est cette voie qui doit être utilisée pour contester l'existence même du contrat et les modalités de sa conclusion. La possibilité de faire valoir les mêmes irrégularités du contrat à l'occasion de la contestation de différents actes détachables ne présentait, à l'époque de la jurisprudence SA LIC, guère d'inconvénients, la sécurité juridique du contrat étant garantie par l'effet platonique de l'éventuelle annulation de l'acte détachable. Mais permettre aujourd'hui aux tiers d'invoquer toute irrégularité du contrat à tout moment de son exécution présenterait exactement les mêmes inconvénients que le

maintien du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

Ce sont en troisième lieu et essentiellement les changements de circonstances de droit ou de fait survenus au cours de l'exécution du contrat qui pourront être invoqués à l'occasion du recours contre le refus d'en faire usage. En effet, c'est parce qu'ils modifient les conditions d'exécution du contrat ou ses finalités, ils sont susceptibles de conduire la personne publique à faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale. Et c'est parce que la poursuite de l'exécution du contrat dans ces circonstances nouvelles peut compromettre des intérêts généraux qui dépassent ceux des parties contractantes et que les liens contractuels ne sauraient empêcher la personne publique de satisfaire, qu'une voie de recours doit être ouverte aux tiers pour leur permettre de les faire valoir et, s'ils apparaissent prééminents, prévaloir sur la volonté de la personne publique de poursuivre l'exécution du contrat.

L'objet du débat contentieux étant la nécessité de mettre un terme à l'exécution du contrat, la personne publique pourra invoquer de nouveaux motifs justifiant sa poursuite, comme elle peut le faire pour justifier une mesure de résiliation contestée par le cocontractant en application de la jurisprudence Béziers II.

Des modifications du droit applicable au contrat, légalement conclu, peuvent tout d'abord faire obstacle à la poursuite de son exécution : les exemples sont rares car en principe la règle nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours (Sect, 29 janvier 1971, Emery et Barbier, p. 80 ; Ass, 8 avril 2009, cne d'Olivet, n° 271737, p. 116). Mais vous savez que cela peut arriver lorsque le législateur, seul compétent pour porter atteinte à la liberté contractuelle, l'a expressément ou implicitement prévu en raison d'impératifs d'ordre public (CC, 98-401 DC du 10 juin 1998 ; Ass, 8 avril 2009, cne d'Olivet, précitée). Vous avez jugé par votre décision cne d'Olivet que l'application immédiate aux délégations de service public de la loi limitant leur durée avait pour conséquence de rendre irrégulière la poursuite de l'exécution de ces conventions au-delà de la durée maximale fixée par la loi, calculée à compter de son entrée en vigueur. Le même effet pourrait par exemple résulter de l'application immédiate d'une loi qui interdirait pour des motifs supérieurs de santé publique ou d'ordre public l'utilisation d'un produit ou l'exercice d'une activité.

Votre décision ne qualifie pas l'effet de l'application immédiate de la loi nouvelle sur les contrats, indiquant simplement que leur exécution régulière devient impossible, contrairement à votre rapporteur public qui évoquait leur caducité, qualification reprise par la majorité de la doctrine. La caducité se distinguerait de la résiliation en ce qu'elle ne résulte pas d'une décision de la personne publique mais du constat que les obligations contractuelles ont été en quelque sorte dissoutes du fait d'un événement extérieur. Il s'agit le plus souvent de la non réalisation d'une condition suspensive. Nous ne sommes persuadés ni que cette notion puisse rendre compte de la totalité des hypothèses d'impossibilité de poursuivre régulièrement l'exécution d'un contrat du fait de l'application immédiate d'une loi nouvelle ni qu'il soit véritablement utile d'y recourir. Même si la rupture des relations contractuelles est imposée par l'application immédiate d'une loi nouvelle, il nous semble que la personne publique doit toujours prendre la décision de l'appliquer en mettant fin au contrat. Cette décision, qu'elle soit prise pour ce motif ou pour tout autre, a pour effet la résiliation du contrat; il s'agit donc dans tous les cas d'une décision de résiliation, ce qui n'implique pas nécessairement, puisque tel est l'enjeu principal de la qualification, qu'elle ouvre droit à indemnisation du titulaire par la personne publique cocontractante. Ce droit ne dépend pas de la dénomination de l'acte qui formellement met fin aux relations contractuelles mais de sa cause. Au regard du régime contentieux de la contestation d'un refus de mettre unilatéralement fin au contrat, il n'y a donc pas lieu de réserver un sort particulier, parmi les motifs qui peuvent ou doivent conduire la personne publique à le faire, à l'application immédiate de la loi nouvelle.

Les modifications des circonstances de fait, qui peuvent d'ailleurs parfois être mêlées de droit, susceptibles de rendre l'exécution du contrat contraire à des intérêts généraux, sont plus variées. Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples d'intérêts généraux justifiant que la personne publique prononce la résiliation unilatérale du contrat : la pollution d'un captage d'eau potable qui rend excessivement onéreuse la poursuite d'une concession (ce qui constitue un cas de force majeure justifiant sa résiliation : CE, 14 juin 2000, cne de Staffelfelden, n° 184722, au rec) ; des modifications dans la répartition du capital social du concessionnaire entraînant des risques de conflit d'intérêts avec le concédant (31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, n° 126594, au rec) ; la disparition de la cause du contrat (27 février 2015, cne de Béziers, n° 357028, au rec) ; la volonté d'assurer une meilleure exploitation du service ou du domaine public (23 mai 2011, Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense, n° 328525, aux T). On peut également imaginer un contrat dont la poursuite de l'exécution apparaîtrait, à la lumière des développements technologiques ou scientifiques, très néfastes pour la santé ou l'environnement.

Nous n'avons cité ces décisions qu'à titre d'illustrations d'intérêts généraux qui, parce qu'ils sont de ceux qui justifient que la personne publique résilie la convention, pourront être invoqués par des tiers si elle refuse de le faire. Mais il est bien évident qu'il ne suffira pas d'invoquer un intérêt général qui aurait permis à la personne publique de résilier le contrat pour que le juge décide de cette résiliation contre la volonté de la personne publique. Il y a entre le contrôle de ce que la personne publique peut faire dans l'intérêt général et de ce qu'elle doit faire pour le même motif une distance importante qui est celle de la marge de manœuvre que vous laissez à la personne publique dans l'appréciation de l'intérêt général qui guide l'action publique. D'autant que pour décider la résiliation, le juge ne devra pas seulement tenir compte de la raison qui peut la rendre nécessaire ; il devra aussi vérifier qu'elle s'impose immédiatement, c'est-à-dire que la personne publique ne dispose, au regard des impératifs de l'intérêt général, d'aucune possibilité, matérielle et temporelle, de poursuivre l'exécution du contrat.

La résiliation unilatérale du contrat peut enfin également être prononcée à titre de sanction d'une faute commise par le cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette résiliation procède d'un pouvoir de la personne publique qui tient moins à sa nature publique, contrairement au pouvoir de résiliation dans l'intérêt général, qu'à sa qualité de cocontractante. La particularité des contrats administratifs sur ce point ne réside d'ailleurs pas tant dans le fait que la personne publique dispose d'un tel pouvoir de sanction que dans ce qu'elle est en principe la seule à en bénéficier. Dès lors qu'il s'agit d'une mesure intimement liée à l'exécution du contrat, les tiers, qui n'ont pas à s'immiscer dans la conduite des relations contractuelles et qui ne pouvaient d'ailleurs se prévaloir à l'encontre de l'acte détachable que de moyens de légalité, à l'exclusion de toute inexécution contractuelle, ne devraient pas pouvoir invoquer des fautes du cocontractant dans l'exécution du contrat au soutien de la contestation du refus de la personne publique de le résilier. Cette inopérance préservera également la marge de manœuvre de la personne publique dans la conduite du contrat, qui n'intéresse pas les tiers lorsqu'elle n'affecte pas l'intérêt général.

On ne peut cependant exclure l'hypothèse d'inexécutions d'une gravité ou d'une portée telle qu'elles compromettent l'intérêt général. Mais c'est sous ce prisme que l'inexécution devra être invoquée et qu'il appartiendra au juge saisi par le tiers d'un refus de résiliation de l'appréhender et d'apprécier, toujours compte tenu de la marge d'appréciation dont bénéficie la personne publique sur ce point, si la sauvegarde d'un intérêt général impose la résiliation du contrat. Votre décision commune d'Erstein du 16 novembre 2016 (n° 401321, aux T) en offre une illustration dans le cas inverse d'une résiliation pour faute contestée par le cocontractant,

déléataire d'un service public de camping, auquel étaient reprochées de nombreuses défaillances, notamment en matière de sécurité, d'entretien et de nettoyage, de collecte de la taxe de séjour, de réalisation des investissements, etc. : vous avez jugé que « si la société requérante soutient que les fautes commises n'auraient pas atteint un degré de gravité tel qu'il justifiait une résiliation à ses torts exclusifs, une reprise des relations contractuelles à titre provisoire serait, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général ».

Ces règles relatives aux vices pouvant être utilement invoqués à l'appui de la contestation du refus de résiliation doivent s'imposer à tous les requérants, puisqu'elles sont fondées sur l'objet du recours.

En revanche, la règle, posée pour le recours en contestation de la validité du contrat, selon laquelle le requérant ne peut utilement invoquer, outre les moyens d'ordre public, que des moyens en rapport avec son intérêt lésé, ne s'applique pas au représentant de l'État ni aux membres des assemblées délibérantes. Nous nous sommes demandé si, compte tenu du nombre relativement limité de moyens opérants, dont une partie est au demeurant d'ordre public, il était vraiment nécessaire d'importer ici cette exigence. Mais même si la précaution apparaît un peu excessive, elle participe d'un équilibre entre légalité et stabilité contractuelle qui s'impose avec au moins la même force au stade de l'exécution du contrat qu'à celui de sa conclusion.

L'office du juge du plein contentieux saisi du recours tendant à la résiliation du contrat sera plus simple que lorsqu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat car il ne devra se prononcer que sur la cessation de l'exécution du contrat, objet des conclusions qui lui sont présentées. Son office dépend du motif retenu pour justifier de mettre fin aux relations contractuelles. Nous avons vu que ces motifs peuvent être tirés soit d'une irrégularité d'ordre public du contrat, soit de changements de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de son exécution, soit d'un intérêt général rendant nécessaire sa résiliation.

Dans le premier cas, son office est identique à celui du juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat qui constate qu'il est entaché d'une irrégularité. Il devra tout d'abord vérifier si elle est régularisable, ce qui est par exemple le cas d'un contrat conclu sans que l'assemblée délibérante l'ait approuvé, expressément ni implicitement. Vous admettez en effet qu'elle puisse le faire à tout moment de l'exécution du contrat (CE 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, n° 327515, au Recueil ; CE 10 avril 2015, Commune de Levallois-Perret, n° 370223, aux tables du Recueil). Il pourra alors inviter la personne publique à procéder à cette régularisation dans un délai déterminé.

Si l'irrégularité n'est pas régularisable ou ne l'a pas été, il devra alors en principe prononcer la résiliation du contrat, éventuellement avec effet différé, à moins qu'il estime qu'un intérêt général y fait obstacle. Il ressort en effet tant de vos décisions relatives à l'office du juge de l'exécution de l'annulation de l'acte détachable (CE, sté Ophrys, précitée ; 29 décembre 2014, cne d'Uchaux, n° 372477, au rec) que de votre décision Dépt de Tarn-et-Garonne que, même en présence d'une irrégularité d'ordre public du contrat, qui entraîne en principe son annulation, le juge peut ne pas la prononcer s'il estime que sa décision portera une atteinte excessive à l'intérêt général. Vous avez repris cette réserve dans l'énoncé de l'office du juge saisi de conclusions en reprise des relations contractuelles d'un contrat entaché d'une telle irrégularité (CE, 1er octobre 2013, sté Espace Habitat construction, précitée). S'il peut au premier abord paraître paradoxal que le juge du contrat puisse prendre une décision conduisant au maintien d'un contrat qu'il devrait écarter s'il était saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution (CE Ass, Cne de Béziers, 2009), on peut le comprendre dans la mesure où les contentieux n'ont pas le même objet : poursuivre l'exécution matérielle d'un contrat pour assurer la continuité du service public n'implique pas nécessaire-

ment d'en faire application pour déterminer les droits et obligations des parties.

Dans le deuxième cas, celui de l'intervention de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de l'exécution du contrat, il n'y a a priori pas matière à régularisation. On voit également mal quel intérêt général pourrait faire échec à l'application d'une loi qui commande la cessation d'une relation contractuelle. Si, dans un cas particulier, il apparaît nécessaire de laisser à la personne publique un délai pour s'y préparer, il semble plus adapté de différer le moment de la résiliation prononcée.

Dans le troisième cas, qui devrait être le plus fréquent, si l'on peut dire, la place de l'intérêt général est toute autre. Elle est la justification de la résiliation et non plus de ce qui pourrait éventuellement s'y opposer. La décision de prononcer la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général résultera d'une mise en balance des avantages et les inconvénients d'une telle mesure au regard des différents intérêts, publics comme privés, en présence, qui intègre les considérations qui, dans le premier cas, seraient de nature à justifier la poursuite du contrat malgré l'irrégularité grave dont il est entaché.

Plus efficace, mieux adaptée, cette voie de recours n'en demeurera pas moins aussi étroite que celle de l'acte détachable et ne sera probablement guère plus utilisée qu'elle. D'une part, les tiers susceptibles de remplir les conditions de recevabilité et d'opérance des moyens sont essentiellement ceux porteurs d'intérêts généraux, tels que, outre ceux dont l'intérêt est toujours reconnu, les usagers du service public, les contribuables locaux, les associations. En revanche, pour certaines catégories de tiers qui pouvaient faire valoir des intérêts particuliers à l'encontre de la conclusion du contrat, tels que les candidats évincés, la voie sera beaucoup plus étroite : non seulement ils devront démontrer un intérêt suffisamment direct et certain à obtenir la résiliation du contrat, qui ne pourra pas toujours être tiré d'une remise en concurrence, notamment lorsque la personne publique peut recourir à d'autres modalités de satisfaction de ses besoins, mais encore et surtout les vices en rapport avec leur intérêt, qui sont essentiellement liés à la passation du contrat, ne seront plus opérants à l'encontre du refus de le résilier.

D'autre part, les décisions de résiliation juridictionnelles devraient être exceptionnelles, car les situations qui peuvent y conduire le sont : les irrégularités d'ordre public sont heureusement rares; les changements de circonstances de droit immédiatement applicables aux contrats en cours également; enfin, comme nous l'avons dit, l'atteinte à un intérêt général devra être à la fois particulièrement manifeste et impérieux pour imposer la rupture d'un contrat légalement conclu contre la volonté des parties.

Telle est donc l'évolution jurisprudentielle à laquelle nous vous proposons de procéder pour les recours des tiers tendant à la résiliation du contrat. Deux questions doivent encore être abordées, concernant son périmètre et son application dans le temps.

La question de son périmètre se pose compte tenu de la formulation de principe de la décision SA LIC, qui, si le recours portait sur un refus de résiliation, visait plus largement « tous les actes qui, bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Nous nous sommes donc demandé si vous deviez saisir l'occasion de la présente affaire pour traiter de l'ensemble des recours relatifs aux actes postérieurs à la conclusion du contrat actuellement susceptibles de recours pour excès de pouvoir de la part des tiers. A la réflexion, nous ne le pensons pas, car le contentieux de ces actes soulève des questions très différentes de celles que nous avons abordées.

Précisons tout d'abord que les actes dont le régime contentieux pourrait ainsi évoluer ne sont en réalité que ceux portant résiliation du contrat, dont vous avez jugé, par votre décision d'Assemblée du 2 février 1987, sté TV 6 (p. 29) qu'ils étaient pour les tiers détachables de l'exécution du contrat et pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Les mesures d'exécution du contrat proprement dites - telles que les ordres de service, les sanctions, les actes relatifs à la réception - ne sont pas susceptibles de recours, ni pour les parties, qui ne peuvent que demander l'indemnisation des préjudices qu'elles leur causent éventuellement (Section du 24 novembre 1972, Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, Rec., p. 753), ni pour les tiers (Sect, 14 février 1930, Cie de chemin de fer de la Turbie, p. 183 : mesure à objet purement financier ; CE, 19 mars 1997, Cne de Soisy-sous-Montmorency, p. 106). La question de leur régime contentieux n'est donc pas celle d'un abandon d'une théorie de la détachabilité qui ne leur a jamais été applicable que celle d'une évolution vers leur justiciabilité, que vous avez jusqu'à présent toujours très nettement exclue.

A l'opposé de ces actes trop intimement liés à l'exécution du contrat pour en être détachables figurent les mesures prises pour l'exécution des clauses réglementaires du contrat, qui, comme ces dernières, sont extérieures à la sphère contractuelle. Vous avez depuis longtemps reconnu aux tiers la possibilité de les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 21 décembre 1906, Syn du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, p. 962 ; CE, 13 oct 1976, SCI de la rue des Farges, p. 375 ; CE, 3 février 2012, cté d'agglomération de Villefranche-sur-Saone, n° 353250). De même que les clauses réglementaires, les décisions relatives à leur exécution doivent rester justiciables du recours pour excès de pouvoir.

Peuvent également être assimilées à des mesures réglementaires d'exécution du contrat les actes administratifs de portée générale pris par une autre autorité administrative, nécessaires à l'exécution d'un contrat, telle que la fixation par le préfet des emplacements de mobilier urbain, que vous avez qualifiés de détachables de la convention passée par la commune pour leur installation (Sect, 9 décembre 1983, ville de Paris, n° 30665, p. 499, concl. Genevois).

Enfin, les modifications du contrat ne présentent aucune particularité contentieuse : les modifications unilatérales constituent des mesures d'exécution du contrat qui, en l'état actuel de la jurisprudence, ne sont susceptibles d'aucun recours, ni des tiers, ni des parties. Les modifications conventionnelles, les avenants, en règle générale de plus grande portée, peuvent être contestés par la voie du recours en contestation de la validité du contrat.

La tentation de traiter complètement les actes détachables relatifs à l'exécution du contrat ne concerne donc que les décisions de résiliation du contrat. Elle est d'autant plus grande que la question semble à première vue symétrique de celle du refus de résiliation que vous allez régler et que la voie contentieuse vers laquelle serait redirigé ce recours existe déjà pour les parties, le recours en reprise des relations contractuelles institué par votre décision de Section de 2011, cne de Béziers, précitée. Les tiers pourraient ainsi saisir le juge du contrat de conclusions tendant soit à la rupture des relations contractuelles, soit à leur maintien.

Mais cette symétrie n'est qu'apparente. Sans entrer dans le détail des arguments développés tant par votre commissaire du gouvernement dans ses conclusions contraires sur la décision sté TV 6 que par un certain nombre de commentateurs critiques de cette jurisprudence, nous pouvons simplement souligner que la décision de résilier un contrat est à la fois plus dépendante des relations contractuelles et plus étrangère aux intérêts des tiers que le refus de le résilier. Sur le premier point, il reste, comme l'indiquait Marc Fornacciarri dans ses conclusions, « très difficilement admissible qu'un juge puisse être amené, à la demande d'un tiers, à annuler une résiliation, donc à faire revivre un contrat, non seulement contre la volonté de l'administration, mais encore, éventuellement, contre la volonté du cocontractant ». Sur le second, autant on perçoit bien que la poursuite de l'exécution d'un contrat administratif soit contraire à certains intérêts généraux et que des tiers puissent agir en justice pour les faire prévaloir contre la volonté de l'administration, autant on voit moins quels intérêts généraux peuvent imposer la poursuite d'une relation contractuelle particulière. Les tiers pourront toujours contester au nom de ces intérêts

les nouvelles modalités de gestion du service. Le coût très important de la résiliation de certains contrats de l'État, dont une actualité encore assez récente offre une illustration, ne suffira pas à donner un intérêt pour agir suffisant à des contribuables nationaux. Quant aux intérêts particuliers que certains tiers, tels que des sous-traitants, pourraient faire valoir pour obtenir la poursuite d'une relation contractuelle, il s'agit d'intérêts économiques invocables dans la cadre d'un recours indemnitaire et dont nous avons quelque difficulté à admettre qu'ils puissent prévaloir sur la volonté des parties au contrat de rompre leurs relations. Quoi qu'il en soit, ce bref aperçu des questions que pose le recours des tiers contre une décision de résiliation montre qu'il relève d'une problématique très différente de celle du refus de résiliation qui justifierait que l'on s'interroge sur le principe même d'un tel recours avant de le pérenniser en l'intégrant dans la nouvelle architecture des recours contractuels.

La dernière question d'ordre général à laquelle vous devrez répondre est celle de l'application dans le temps du nouveau régime contentieux des recours des tiers tendant à la cessation de l'exécution du contrat.

Si vous nous suivez pour adopter les règles que nous avons exposées, ce nouveau régime contentieux se distinguera du précédent sur deux plans. D'une part, il se traduira par un nouvel office du juge : le recours est porté devant un juge du plein contentieux et il tend au prononcé de la rupture des relations contractuelles, ce qui emporte des conséquences sur les moyens pouvant être utilement soulevés. D'autre part, il comportera de nouvelles conditions de recevabilité, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt pour agir.

Ces deux innovations n'ont pas la même portée quant à la détermination de leur application dans le temps. Selon une jurisprudence constante dont vos décisions du 18 juin 2014, *SCI Mounou et autres* (n° 376113, au rec) et *Sté Batimalo et Cne de Saint-Malo* (n° 376760, au rec) offrent une parfaite illustration, les règles nouvelles qui gouvernent l'activité des juges, leurs compétences et leurs pouvoirs, en un mot leur office, sont d'application immédiate aux instances en cours (CE, 7 avril 1995, *Grekos*, n° 95153, au rec, à propos du pouvoir d'injonction) tandis que celles qui affectent la substance du droit au recours et les conditions de son exercice ne s'appliquent qu'aux recours formés après leur entrée en vigueur (Section, 13 nov. 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement c/ Sieur Bacqué*, p. 593 ; *SCI Mounou précitée* à propos de règles plus strictes d'appréciation de l'intérêt pour agir).

Au regard de ces principes, se sont surtout les nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir des tiers contre les décisions portant refus de résiliation qui pourraient justifier de différer leur application. En effet, les autres caractéristiques de ce nouveau recours relèvent de l'office du juge, y compris les règles d'opérance des moyens.

Or ces nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir ne nous paraissent pas d'une importance telle que leur application immédiate porterait une atteinte à la substance du droit au recours. Tout d'abord, nous observons que votre maniement des principes régissant l'application dans le temps des règles de procédure n'est pas uniforme : vous avez moins de mal à écarter l'application immédiate d'une loi qui n'a pas prévu de mesures transitoires qu'à déroger à l'effet normal de l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle (CE, 7 octobre 2009, *sté d'équipement de Tahiti et des îles*, n° 309499, T. p. 738). Les décisions que nous avons citées concernent des évolutions législatives ; en revanche, les évolutions jurisprudentielles du contentieux contractuel de ces dix dernières années ont été soit appliquées immédiatement aux litiges en cours, alors même qu'elles se traduisaient pour certaines catégories de requérants par des limitations des possibilités qu'ils avaient d'obtenir ce qu'ils demandaient (cas de l'action en reprise des relations contractuelles pour certains cocontractants), soit différées pour d'autres motifs que l'atteinte portée au droit au re-

cours, dont vous avez au contraire expressément jugé qu'elle ne s'opposait pas à une application immédiate. Ainsi, votre décision dépt de Tarn-et-Garonne, comme avant elle la décision *Tropic Travaux Signalisation*, précise t-elle « qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours », un différé d'application étant néanmoins décidé pour garantir la sécurité juridique des relations contractuelles en cours.

Votre décision d'Assemblée du 13 juillet 2016, *Czabaj* (n° 387763), va encore plus loin puisque vous avez décidé d'opposer aux requérants dans les instances en cours le nouveau délai général de recours contre les décisions administratives individuelles que vous veniez d'instituer. Mais nous hésitons à faire de cette décision, sur ce point, une référence, tant elle était tributaire de la portée de la règle nouvelle, de sa finalité et de votre volonté d'éviter des effets d'aubaine.

L'application aux instances en cours des nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir que nous vous proposons d'adopter sera ensuite d'une portée limitée, en raison tant de leur contenu que des litiges auxquelles elles pourraient s'appliquer. Sur le premier point, il ne s'agit que de renforcer une exigence d'intérêt pour agir qui correspond à une tendance générale de votre jurisprudence. Elle peut être regardée comme compensée par l'ouverture d'un recours de plein contentieux, plus simple et efficace.

Sur le second point, le peu de litiges concernés par une application immédiate des règles de recevabilité d'un recours dont le nombre se compte, depuis un demi-siècle, sur les doigts d'une main, ne justifie pas davantage de déroger au principe de l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle.

Si vous nous suivez, vous ferez donc application de ces règles pour répondre au premier moyen du pourvoi du syndicat requérant qui critique l'appréciation portée par la Cour sur l'intérêt pour agir des sociétés exploitant le tunnel sous la Manche à l'encontre du refus qu'il leur a opposé de résilier la convention par laquelle il avait délégué l'exploitation de la liaison maritime Dieppe-Newhaven à la société *Louis Dreyfus Armateurs*. Les parties n'en seront pas surprises puisque vous les en avez informé et qu'elles ont pu en débattre.

La Cour a estimé que leur intérêt commercial, « compte tenu de la situation de concurrence existant entre la liaison transmanche objet de la convention en litige et l'exploitation du tunnel sous la Manche » leur donnait qualité pour agir et qu'elles étaient « en outre à l'origine de la décision de refus dont elles demandent l'annulation ».

Ce second motif est entaché d'erreur de droit, le destinataire d'une décision de refus n'ayant intérêt à l'attaquer que s'il avait un intérêt suffisant à obtenir ce qu'il demandait (CE, 23 décembre 1987, *Association "Les Amis du socialisme"*, n° 66624, aux T sur ce point ; CE, 4 février 2011, *Conseil national de l'ordre des pédicures-podologues*, n° 331151, aux T). Mais il est surabondant et d'ailleurs non critiqué.

Le premier est en revanche contesté, à raison nous semble t-il, sous l'angle de la qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (9 décembre 1996, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, Rec. p. 479 ; 30 juillet 1997, *Sté nouvelle étude Berry et Attali*, T p. 1041). En effet, l'intérêt dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous la Manche ne nous paraît pas susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution de la convention de délégation dont elles demandent la résiliation.

Cet intérêt est uniquement celui de la concurrence qui existerait entre ces deux moyens de relier le nord de la France au sud du Royaume-Uni.

L'intérêt à empêcher le développement d'une activité concurrente n'est pas exclu par principe : vous l'avez admis pour juger recevable le recours pour excès de pouvoir formé par un tiers contre le

refus de résilier une convention d'aménagement destinée à permettre l'installation d'un concurrent (CE, 8 décembre 2004, Sté Eiffel distribution, précitée) ou contre une délibération accordant une aide publique indirecte à un commerçant concurrent (CE, 9 mai 2005, Société ID Toast, n° 258975). La condition tenant au caractère direct de l'intérêt implique toutefois qu'il soit en rapport avec l'objet de l'acte attaqué, afin d'éviter toute instrumentalisation du recours en excès de pouvoir : ainsi, le commerçant voisin d'une autorisation d'urbanisme accordée à un autre commerçant ne pourra se contenter de se prévaloir pour en demander l'annulation de la concurrence qui résulterait de la proximité géographique des établissements commerciaux mais devra également indiquer en quoi les caractéristiques particulières de la construction envisagée sont de nature à affecter par elles-mêmes les conditions d'exploitation de son commerce (CE, 22 févr. 2002, Sté France Quick SA, n° 216088, aux T ; BJDU 2003, p. 50, concl. Pive-teau).

Au cas d'espèce, il existe certainement une situation de concurrence potentielle entre les différents modes de transport pour traverser La Manche. Mais la concurrence que représente pour les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche la liaison maritime transmanche déléguée par le syndicat requérant ne nous paraît pas d'une importance telle qu'elle soit susceptible de léser leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Tout d'abord, compte tenu de leurs caractéristiques, ces deux liaisons ne nous semblent pas être en concurrence directe : elles ont lieu à près de 200 km de distance ; les modes de transport sont différents ; la fréquence, seuls deux navires effectuant la traversée maritime, les temps de trajet, 4 heures par la mer, 35 minutes par le train, et les coûts également. La majorité des clients de la liaison maritime sont des habitants de la région, alors que la ligne ferroviaire relie notamment directement des capitales européennes et assure un fret routier européen.

Ensuite, c'est jusqu'à présent, et il n'y a aucune raison que cela change, le tunnel sous La Manche qui a fait concurrence aux liaisons maritimes, au point de les faire pratiquement disparaître, et non l'inverse. Les sociétés demanderesse de première instance n'apportent d'ailleurs aucun élément de nature à établir que durant les quatre années d'exécution du contrat dont elles demandent la résiliation, il aurait eu le moindre impact sur la fréquentation du service qu'elles exploient.

Nous pensons donc que l'intérêt commercial dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche n'est pas directement susceptible d'être lésé par la poursuite de l'exécution du contrat. Nous serions arrivés à la même conclusion pour apprécier leur intérêt pour agir dans le cadre antérieur du recours pour excès de pouvoir, alors même qu'elle y est en principe moins rigoureuse. Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt attaqué et, réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel formé par les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group LTD, non pas au fond comme l'a fait le tribunal, mais, ce qui sera beaucoup plus rapide, en raison de leur absence d'intérêt pour agir.

Ajoutons pour parfaire l'illustration du nouveau régime de ce recours que les moyens soulevés par les sociétés demanderesse, tous tirés d'irrégularités de la procédure de passation de la convention initiales, sont doublement inopérants : d'une part, ces moyens sont sans rapport avec l'intérêt dont elles se prévalent, qui n'est pas concerné par le respect des règles de transparence et de mise en concurrence. D'autre part, ces irrégularités, qui ne sont pas d'une gravité telle que le juge doive les relever d'office, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à la résiliation du contrat.

Vous pourrez enfin mettre à la charge des sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group le versement d'une somme de 1 500 euros chacune au SMPAT au titre des frais exposés.

Référence 4 : CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, req. n°398445

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par une convention de délégation de service public conclue le 29 novembre 2006, le syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT), qui a pour objet le développement et la promotion de l'activité transmanche entre la Seine-Maritime et le sud de l'Angleterre, a délégué à la société Louis Dreyfus Armateurs SAS l'exploitation, au moyen de deux navires, d'une liaison maritime entre Dieppe et Newhaven ; que les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group, qui exploitent sous le nom « Eurotunnel » le tunnel sous la Manche, ont demandé au SMPAT par lettre du 19 novembre 2010 de prononcer la résiliation de ce contrat ; qu'une décision implicite de refus est née du silence gardé pendant plus de deux mois par le président du SMPAT sur cette demande de résiliation ; que les deux sociétés ont alors saisi le tribunal administratif de Rouen d'une demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision ; que, par un jugement du 16 juillet 2013, le tribunal administratif a rejeté leur demande ; que, par un arrêt du 28 janvier 2016, contre lequel le SMPAT se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Douai, après avoir jugé que le contrat en cause devait être analysé non comme une délégation de service public mais comme un marché public, a annulé ce jugement ainsi que la décision litigieuse en raison de la méconnaissance par le SMPAT des règles du code des marchés publics lors de la procédure de passation du contrat, et a enjoint au SMPAT de résilier le contrat, dont le terme, fixé au 31 décembre 2014, avait été prorogé par avenant jusqu'au 31 décembre 2017, dans un délai de six mois suivant la notification de cet arrêt ; que, par une décision du 22 juillet 2016, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a ordonné le sursis à exécution de cet arrêt jusqu'à ce qu'il soit statué sur le présent pourvoi ;

2. Considérant qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ; que s'agissant d'un contrat conclu par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département ;

3. Considérant que les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général ; qu'à cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général ; qu'en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise ; qu'en outre, les moyens soulevés doivent, sauf lorsqu'ils le sont par le représentant de l'Etat dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compte-tenu des intérêts dont ils ont la charge, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut ;

4. Considérant que, saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat administratif, il appartient au juge du contrat d'apprécier si les moyens soulevés sont de nature à justifier qu'il y fasse droit et d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé ;

5. Considérant que ces règles, qui ne portent pas atteinte à la substance du droit au recours des tiers, sont d'application immédiate ;

6. Considérant que pour écarter la fin de non recevoir opposée par le SMPAT à la demande de première instance des sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group et tirée de leur défaut d'intérêt pour agir, la cour administrative d'appel de Douai s'est fondée sur l'atteinte portée par l'exécution de la convention en litige à leur intérêt commercial compte tenu de la situation de concurrence existant entre la liaison maritime transmanche objet du contrat et l'exploitation du tunnel sous la Manche ; qu'en statuant ainsi, sans avoir recherché si la poursuite de l'exécution de la convention du 29 novembre 2006 était de nature à léser les intérêts de ces sociétés de façon suffisamment directe et certaine, la cour administrative d'appel de Douai a entaché son arrêt d'une erreur de droit ;

7. Considérant par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que le SMPAT est fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque ;

8. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

9. Considérant qu'à l'appui de leur demande, les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group se prévalent de leur seule qualité de concurrent direct sur les liaisons transmanche de courte durée ; qu'une telle qualité ne suffit pas à justifier qu'elles seraient susceptibles d'être lésées dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution du contrat conclu le 29 novembre 2006 pour être recevables à demander au juge du contrat qu'il soit mis fin à l'exécution de celui-ci ; qu'au surplus, les moyens tirés d'illégalités de la procédure de passation du contrat qu'elles soulèvent à l'appui de leur demande d'annulation de la décision litigieuse, ne peuvent, comme tels, être invoqués à l'encontre du refus de mettre fin à l'exécution du contrat et sont dès lors inopérants ; qu'il suit de là que, ces sociétés ne sont pas fondées à se plaindre que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a rejeté leur demande ;

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème Ch. Réunies, 23 décembre 2016, Association ATTAC Montpellier

1. La présente affaire vous permettra de compléter votre jurisprudence CE, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70, en statuant sur le régime contentieux applicable au recours des tiers dirigé contre l'acte d'approbation d'un contrat administratif relevant du droit de la commande publique. Nous parlons bien ici de l'approbation d'un contrat déjà signé, non de l'autorisation qui peut être requise préalablement à la signature de ce contrat.

2. Certaines autorités de l'État peuvent être conduites à approuver les contrats passés, soit en son sein par d'autres autorités, soit par d'autres personnes publiques. C'est ainsi le cas des concessions

autoroutières, sur le fondement des articles L. 122-4 à L. 122-11 du code de la voirie routière, ou encore des concessions d'énergie hydraulique, en application des articles R. 521-1 et suivants du code de l'énergie. C'était autrefois le cas des contrats de concession d'une chaîne de télévision hertzienne. S'agissant d'autres personnes publiques, nous examinerons en l'espèce le cas des contrats de partenariats passés par l'établissement public SNCF Réseau en application du code des transports. Le cas de figure le plus notable, celui de l'approbation de certains contrats des collectivités territoriales par le représentant de l'État, a disparu en 1982. Hors du droit de la commande publique les exemples sont également nombreux, notamment en matière sociale (conventions médicales), mais nous bornerons notre propos à ce champ plus familier de votre formation de jugement.

3. La jurisprudence CE, 4 août 1905, Martin, n°14220, p. 749 n'envisageait initialement le recours des tiers que contre les actes détachables « qui ont concouru à constituer un contrat devenu définitif » (conclusions Romieu) donc préalables à celui-ci. Vous ensuite admis, au bénéfice de certains tiers, la détachabilité des actes d'exécution du contrat (CE, Sect., 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, n°18275, p. 1034), y compris des décisions de résiliation (CE, Ass., 2 février 1987, Société T.V. 6, n° 81131, p. 28) ou de refus de procéder à la résiliation (CE, Sect., 24 avril 1964, Société de livraisons industrielles et commerciales, n°53518, p. 239 et CE, 8 décembre 2004, Société Eiffel-distribution et Société Levallois-distribution, n° 270432, T. p. 804).

Avec la décision d'approbation, également contestable par les tiers dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, nous sommes dans un cas de figure hybride : postérieure à la signature du contrat, elle ne concourt pas à sa formation, mais elle n'en constitue pas non plus une mesure d'exécution. En définitive l'acte d'approbation conditionne l'entrée en vigueur du contrat et sanctionne ainsi le passage de la phase de formation à la phase d'exécution. Vous avez ainsi jugé qu'est sans objet le recours en interprétation d'un contrat de concession dont l'acte d'approbation a été annulé par le juge de l'excès de pouvoir, dès lors que les stipulations de ce contrat ne sont plus « susceptibles d'aucune exécution » : CE, Sect., 1er mars 1946, Société l'Energie industrielle, n°72109, p. 66 ; et par votre décision CE, 26 mai 1971, Sieur M... n°75713, p. 383, qu'un contrat passé par un syndicat intercommunal « n'est pas entré en vigueur » dès lors qu'il n'a pas reçu l'approbation préfectorale.

L'instauration d'un acte d'approbation manifeste la volonté de l'auteur de la norme qui a prévu cette procédure – qu'il s'agisse du législateur, du pouvoir réglementaire ou des parties elles-mêmes (selon les cas) – d'instaurer un contrôle de certains contrats particulièrement importants par une autorité administrative distincte de celle qui a contracté. La prise d'effet est ainsi subordonnée à l'intervention d'un acte unilatéral qui permet à l'autorité compétente de procéder à un contrôle de légalité et d'opportunité et, à cette occasion, de prendre en considération des intérêts publics ou privés qui peuvent être plus larges que les seuls intérêts des parties : exigences de la défense nationale, protection d'autres intérêts vitaux, etc.

L'acte d'approbation, même pris par décret, n'est pas de nature réglementaire, y compris lorsque le contrat approuvé comporte lui-même des clauses réglementaires : CE, 13 juin 1997, Société des transports pétroliers par pipe-line, nos167907-68940, p. 230. Vous avez donc appliqué la règle générale selon laquelle la nature juridique de la décision approuvée ne détermine pas celle de l'acte d'approbation : CE, Ass., 8 janvier 1971, URSSAF des Alpes-Maritimes, nos71581-77034, p. 11

L'approbation est créatrice de droit au profit du cocontractant de l'administration : cf. CE, 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A 8, n°202209, T. p. 792-824-1042-1151, au sujet d'une concession autoroutière. Quant au refus de

l'autorité compétente de délivrer son approbation, il est susceptible d'engager la responsabilité de la personne publique contractante à l'égard de son partenaire : CE, Sect., 24 juin 1938, Commune d'Huoss, n°45282, p. 577 ou CE, 13 avril 1945, Commune de Thierville, n°66554, p. 73. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur les motifs de la décision de non approbation : CE, 14 septembre 1979, Commune d'Agde, nos10028, 10082, p. 356, au sujet d'un appel d'offres d'une collectivité territoriale et CE, 13 mars 1985, S.A.R.L. Barlocher-France-Production, n°16173, p. 79, au sujet de la cession de terrains domaniaux par un port autonome.

Enfin vous avez jugé que l'annulation de l'acte d'approbation pouvait, dans certains cas, compte tenu de ses motifs, avoir pour effet la nullité du contrat, que le juge de celui-ci est tenu de constater : CE, 1er octobre 1993, Société "Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas", n°54660, T. p. 874-971, rendue au sujet d'une concession de port de plaisance, dont l'arrêté interministériel d'approbation avait été annulé au motif de l'incompatibilité des travaux prévus par cette concession avec la réglementation de l'urbanisme.

4. Le nouveau paysage jurisprudentiel dessiné par votre décision Tarn-et-Garonne laisse-t-il toujours une place au recours pour excès de pouvoir contre l'acte d'approbation ?

L'objectif poursuivi par la décision d'Assemblée, comme l'a souligné son rapporteur public Bertrand Dacosta, était « de déplacer l'intégralité du débat contentieux devant le juge du contrat, quel que soit le tiers concerné, de telle sorte qu'aucune autre voie contentieuse ne puisse prospérer une fois le contrat signé » (« Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle » dans AJDA, 2014, p. 2049).

Le Conseil d'Etat a donc procédé concomitamment, d'une part, à l'ouverture du nouveau recours de plein contentieux destiné à l'ensemble des tiers au contrat, d'autre part, à la fermeture du recours pour excès de pouvoir contre un certain nombre d'actes détachables explicitement énumérés, à savoir le choix cocontractant, l'autorisation de conclure le contrat, enfin la décision de le signer. Seul le représentant de l'État dans le département conserve la faculté d'exercer un recours direct contre ces actes dans le cadre de son contrôle de légalité, mais seulement jusqu'à la conclusion du contrat, à compter de laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet.

La décision Département de Tarn-et-Garonne a donc laissé en suspens la question du régime applicable aux autres actes détachables, qu'ils soient relatifs à la formation du contrat, à son exécution et – à la charnière de ces deux phases – à son approbation.

Le sujet des actes d'approbation avait pourtant été clairement identifié par le rapporteur public dans ses conclusions que nous citons : « Nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'ils puissent continuer de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dans la mesure où seraient contestés leurs vices propres : l'annulation n'aurait pour effet que de paralyser provisoirement les effets du contrat. En revanche, la logique devrait conduire à déporter ce contentieux vers le contrat lui-même dès lors que seraient en cause son contenu et/ou les conditions de son adoption. »

Bertrand Dacosta vous proposait donc de maintenir ouverte, contre la décision portant approbation, la voie du recours pour excès de pouvoir, à ceci près que seuls les vices propres à cet acte pourraient y être utilement invoqués. En revanche, les moyens tirés des vices affectant le contenu du contrat lui-même ou l'irrégularité des conditions de son adoption ne pourraient être soulevés qu'à l'appui d'un recours Tarn-et-Garonne.

L'Assemblée du contentieux ne s'est pas prononcée sur cette partie de ses conclusions. Les commentateurs de la décision, à l'AJDA, avaient pu relever qu'un « halo de mystère » entourait les actes détachables « d'un genre particulier que sont les

décisions d'approbation, qui ne trouvent pas leur place dans l'énumération à laquelle procède la décision ».

Quant aux rares représentants de la doctrine qui se sont interrogés sur le silence opposé par l'Assemblée à l'invitation de son rapporteur public sur ce point, ils ont souligné que Tarn-et-Garonne procédait par énumération tandis que la jurisprudence Tropic Travaux à laquelle elle se substituait visait les actes détachables du contrat de façon globale. Toutefois, dans les deux cas, n'étaient envisagées que les décisions préalables au contrat : la phase postérieure, qu'il s'agisse de l'approbation ou de l'exécution du contrat, n'est pas évoquée.

5. La proposition qui avait été faite à l'Assemblée du contentieux nous semble la seule cohérente avec la démarche engagée par la décision Tarn-et-Garonne et nous vous proposons de l'adopter pour définir le cadre juridique du présent litige.

5.1. Sur le principe même d'un tel recours, nous pensons que le mouvement de recentrage du contentieux sur le contrat lui-même, opéré par Tarn-et-Garonne, ne prive pas de toute utilité un débat devant le juge de l'excès de pouvoir après la conclusion de celui-ci.

Nous observons d'abord que le périmètre du recours résiduel contre les actes détachables constituait un volet essentiel de la question soumise à l'Assemblée du contentieux. Si celle-ci avait entendu le fermer à l'encontre des actes d'approbation, on a du mal à comprendre pourquoi elle ne les a pas englobés dans le même mouvement qui a éteint le recours contre les décisions les plus importantes qui concourent à la formation du contrat.

Ensuite et surtout, l'acte d'approbation est susceptible de soulever des questions de légalité propres, différentes de celles du contrat lui-même : nous y reviendrons dans quelques instants.

Enfin, ajoutons qu'à l'égard des contrats de l'État ou de ses établissements publics, les tiers privilégiés dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne que sont le représentant de l'État et les membres de l'assemblée délibérante – le recours leur est ouvert de droit et ils peuvent invoquer tout moyen compte tenu de l'intérêt général dont ils ont la charge – ne se manifesteront évidemment pas. Aussi, la possibilité offerte aux « tiers lambda » de contester l'acte d'approbation par la voie du recours pour excès de pouvoir rétablira une forme d'équilibre avec les contrats des collectivités territoriales.

Nous vous proposons donc de maintenir un recours pour excès de pouvoir contre l'acte d'approbation du contrat. Le refus d'approbation, dont la contestation tend en définitive à l'exécution du contrat, relève d'une problématique différente qu'il n'y a pas lieu de traiter ici.

5.2. Il nous faut à présent délimiter l'office du juge saisi de la légalité l'acte d'approbation, en l'articulant au mieux avec le recours Tarn-et-Garonne. Vous admettiez jusqu'à présent la possibilité d'invoquer, à l'encontre de cette décision, non seulement ses vices propres mais également les illégalités qui affectent le contenu du contrat, par exemple les stipulations d'une concession d'autoroute relatives aux modalités de remboursement de diverses dépenses, à l'État, par le concessionnaire : CE, Ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et M. Monnier, nos136071, 142688, p. 387. C'est le cas y compris lorsque ces illégalités sont tirées de la conception même du projet qui en fait l'objet : est ainsi opérant, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret approuvant une concession d'autoroutes, le moyen tiré de la dangerosité excessive qui caractériserait un des ouvrages : CE, 29 avril 2002, Groupement des associations de l'ouest parisien et autres, n°216902, T. p. 810-891-895.

L'annulation n'est alors prononcée qu'en tant qu'elle approuve les clauses illégales lorsque celles-ci sont divisibles du reste de la convention : CE, Ass., 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres, nos75040, 75087,

75110, 75144, 75525, 75575, 76616, p. 97, qui annule le décret approuvant le cahier des charges de la 5ème chaîne, en tant seulement qu'il porte sur les conditions de diffusion des longs métrages de cinéma.

Nous pensons que le maintien d'un débat sur la légalité du contrat devant le juge de l'acte d'approbation ouvrirait un véritable recours parallèle à Tarn-et-Garonne et viderait de son sens l'objectif de recentrage et de simplification poursuivi à travers la création de celui-ci.

En effet, le tiers qui se serait vu opposer une des conditions posées à la formation d'un recours Tarn-et-Garonne, tenant à l'intérêt pour agir ou à l'opérance des moyens, pourrait se tourner vers le juge de la décision d'approbation et, à défaut de demander l'annulation du contrat, solliciter une mesure dont l'effet est équivalent puisqu'elle paralyse ses effets juridiques. Ainsi il obtiendrait, en pratique, davantage qu'en s'attaquant au contrat lui-même puisque dans le cadre de Tarn-et-Garonne, l'annulation ne constitue qu'une des multiples mesures dont dispose le juge et elle n'intervient qu'en dernier ressort.

Il serait enfin paradoxal que les contrats administratifs les plus importants – qui sont précisément ceux pour lesquels un acte d'approbation a été prévu – ne bénéficient pas de la prévisibilité que leur garantit la jurisprudence Tarn-et-Garonne, essentielle pour les anticipations des partenaires économiques mobilisés autour de ces projets.

Le recours pour excès de pouvoir à géométrie variable est bien connu de votre jurisprudence et nous nous bornerons donc à en rappeler deux exemples.

Ainsi, le juge saisi de la décision par laquelle une chambre régionale des comptes refuse de donner satisfaction à une demande de rectification des observations définitives qu'elle a formulées sur la gestion d'une collectivité est susceptible de recours se borne à « contrôler la régularité de la procédure suivie et [à] vérifier que la décision contestée ne repose pas sur des faits inexacts et n'est pas entachée d'une méconnaissance, par la chambre régionale, de l'étendue de son pouvoir de rectification. Il ne lui appartient pas, en revanche, (...) de se prononcer sur le bien-fondé de la position prise par la chambre (...) » : CE, Sect., 15 juillet 2004, M. C... n°267415, p. 339.

Quant au décret portant publication d'un traité ou un accord international, qui introduit cette convention dans notre ordre juridique et dont les effets sont donc comparables à ceux de l'acte d'approbation d'un contrat, vous en contrôlez les « vices propres », mais pas le respect par les stipulations du traité de notre Constitution ou d'un autre accord international : CE, Ass., 9 juillet 2010, Fédération nationale de la libre pensée, n°327663, p. 268.

En l'espèce, nous pensons que la portée de votre décision d'Assemblée ne sera pleinement préservée qu'avec un recours ad hoc dans le cadre duquel le requérant ne pourra utilement invoquer que les vices propres à l'acte qu'il attaque. En revanche, les moyens tirés des vices affectant le contenu du contrat ou de l'irrégularité des conditions de son adoption ne doivent pouvoir être utilement soulevés qu'à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, selon les règles de Tarn-et-Garonne. Cette règle vaut également pour les vices suffisamment graves pour que le juge du plein contentieux soit tenu de les relever d'office.

Nous réservons le cas, bien entendu, des illégalités qui affectent les clauses réglementaires : elles demeurent contestables, dans le cadre de la jurisprudence CE, Ass., 10 juillet 1996, D..., n°138536, p. 274, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir de plein exercice. Il reste à préciser ce que l'on entend par « vices propres » à l'acte d'approbation.

Le juge aura bien entendu à se prononcer sur l'incompétence, le vice de forme et le vice de procédure. Il faut y ajouter le détournement de pouvoir : il doit être possible de contrôler que l'autorité qui a approuvé un contrat n'a pas usé de son pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré.

En revanche, le contrôle de la violation de la loi et des motifs de l'acte serait exclu dès lors qu'il renvoie au contenu même du contrat. En effet, lorsque l'autorité compétente décide de délivrer son approbation, c'est le plus souvent parce qu'elle considère que ce contrat est à la fois légal et opportun. En contrôlant cette appréciation ou la violation de la loi commise à cette occasion, alors que la seule portée de la décision d'approbation consiste à conférer ses effets juridiques au contrat, le juge serait indirectement mais nécessairement amené à se pencher sur le contenu de celui-ci. Or le recours contre l'acte d'approbation ne doit pas permettre aux tiers de rouvrir un tel débat, définitivement purgé devant le juge du contrat.

Nous réserverons cependant le cas de figure très particulier dans lequel le texte instituant la procédure d'approbation imposerait explicitement à l'autorité de contrôle de vérifier le respect d'une condition déterminée avant de délivrer son agrément. En pareille hypothèse l'appréciation à laquelle se sera livrée l'autorité compétente, même si elle suppose de porter un jugement sur le contenu du contrat, devrait pouvoir être contestée à l'occasion du recours dirigé contre l'acte d'approbation, faute d'autre occasion de procéder à ce contrôle.

5.3. L'intérêt pour agir nous semble devoir être apprécié, pour les mêmes raisons que nous venons de détailler, selon des critères identiques à ceux du recours Tarn-et-Garonne : autrement dit, le tiers doit être « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par les effets juridiques de l'acte d'approbation, lesquels se traduisent par la possibilité pour les parties d'exécuter du contrat. Il serait en effet paradoxal que des tiers qui ne seraient pas recevables à former un recours Tarn-et-Garonne puissent demander au juge de l'excès de pouvoir, à travers l'annulation de l'acte d'approbation, une paralysie totale du contrat, équivalente à la mesure ultime dont dispose le juge du plein contentieux.

Au-delà du simple paradoxe, nous pensons que l'effet d'entonnoir du débat contentieux que joue le recours Tarn-et-Garonne doit s'exercer aussi bien sur le terrain de l'intérêt pour agir que des moyens invocables, sauf à brouiller le message envoyé par votre décision d'Assemblée.

En revanche, dans la mesure où les effets de l'acte d'approbation se résument à ouvrir aux parties la possibilité d'exécuter le contrat vous n'échapperez pas, au stade de l'appréciation de l'intérêt pour agir, à la prise en considération du contenu de ce contrat.

5.4. Tel serait donc, si vous nous suivez, le cadre juridique applicable au recours contre l'acte d'approbation. La solution ne vaut évidemment que pour les contrats administratifs, puisque la jurisprudence Tarn-et-Garonne ne s'applique pas aux contrats de droit privé : dans la mesure où tous les actes détachables de ces contrats demeurent contestables par les tiers dans le cadre du recours pour excès de pouvoir de droit commun, il n'y a pas matière à réserver un sort particulier aux décisions d'approbation.

6. L'examen des requêtes vous retiendra sensiblement moins longtemps. La réalisation du contournement ferroviaire de Nîmes et Montpellier, dans le cadre du projet de ligne à grande vitesse « Méditerranée », donnera lieu à la réalisation de deux nouvelles gares : l'une à Nîmes et la seconde en périphérie sud de Montpellier. Il s'agit de la Gare de la Mogère qui accueillera les trains à grande vitesse, tandis que le trafic local continuera à transiter en centre-ville de Montpellier. Cette gare-pont multimodale doit permettre de raccorder le réseau à grande vitesse avec l'autoroute A9 bis et les liaisons de tous types (tramway, automobile) vers le centre-ville.

SNCF Réseau (anciennement RFF) a utilisé la possibilité offerte par les articles L. 2111-11 et L. 2111-12 du code des transports en passant un contrat de partenariat ayant pour objet la conception, la construction, l'entretien, la maintenance et le financement de

l'équipement. Le cocontractant est la SAS Gare de la Mogère, créée à cette fin par un groupement d'entreprises dont Icade Promotion est le mandataire. Le contrat a été signé le 4 février 2015, postérieurement donc à votre décision Département de Tarn-et-Garonne.

L'article 17 du décret du 6 décembre 2006 pris pour l'application des dispositions citées du code des transports prévoit que de tels contrats sont approuvés par décret en Conseil d'État.

C'est l'objet d'un décret n° 2015-154 du 11 février 2015 dont l'ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon (sous le n°392815) et l'association ATTAC Montpellier (sous le n°392819) vous demandent l'annulation, ainsi que des refus implicites opposés par le Premier ministre à leurs demandes d'abrogation. Vous joindrez les requêtes des deux associations, qui développent des moyens identiques.

7. L'État, SNCF Réseau et la SAS Gare de la Mogère opposent aux deux associations une fin de non-recevoir, tirée du défaut d'intérêt donnant qualité pour agir.

Si vous nous avez suivi, cet intérêt sera apprécié selon la grille propre au recours Tarn-et-Garonne, c'est-à-dire au regard de l'existence de « droits lésés » par les effets juridiques de l'acte d'approbation. Toutefois, dans la mesure où ces effets se résument à ouvrir aux parties la possibilité d'exécuter le contrat vous n'échapperez pas, au stade de l'intérêt pour agir, à la prise en considération du contenu de ce contrat.

8. Nous n'avons aucune hésitation à vous proposer d'écarter comme irrecevable la requête de l'association ATTAC Montpellier. La solution aurait d'ailleurs été identique dans le cadre d'une appréciation classique de l'intérêt pour agir.

Certes, cet intérêt peut revêtir un caractère collectif : cf. CE, 25 mars 1887, Bains de Paris et du département de la Seine, n°66449, p. 255 et CE, 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, n°25521, p. 977 avec les conclusions du président Romieu, au sujet de la possibilité pour un syndicat professionnel de contester un acte qui le lèse dans ses intérêts généraux ; ou dans le cas d'une association (professionnelle) de la loi de 1901 : CE, 11 décembre 1908, Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies, n°26479, p. 1016 avec les conclusions Tardieu.

Il n'en demeure pas moins que cet intérêt collectif doit être « directement et certainement lésé par la décision attaquée ». Ces critères s'apprécient au regard de l'objet social tel qu'il ressort statuts de l'association ou des règles générales qui encadrent son action : cf. CE, Sect., 26 avril 1985, Ville de Tarbes, n°41169, p. 119, au sujet d'une association de parents d'élèves.

Vous écarterez donc comme irrecevables les recours présentés par des associations qui poursuivent des objectifs excessivement généraux au regard des retombées concrètes de la décision dont ils demandent l'annulation. Ainsi, une association de défense d'un quartier n'a pas intérêt à demander l'annulation d'une décision accordant à une société immobilière le bénéfice de primes convertibles pour la construction de logements dans ce quartier, dès lors que cette décision n'a pas pour effet de permettre cette construction, laquelle est subordonnée à la délivrance d'une autorisation de construire : CE, 6 octobre 1978, Association de quartier « La Corvée – La Roche aux Fées », n°09419, T. p. 868-880-908-909-975-977.

En matière d'actes détachables du contrat, vous avez tout récemment considéré que des associations de défense de l'environnement étaient dépourvues d'intérêt pour agir à l'encontre d'une délibération approuvant le choix d'un délégataire du service public de traitement des déchets ainsi que le contrat de délégation : en effet, le cocontractant et le montage contractuel retenus sont par eux-mêmes sans répercussions sur la qualité de vie et sur l'environnement : CE, 11 mai 2016, Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole, n°390118, à paraître au

recueil. Les mêmes associations auraient été fondées, en revanche, à contester le permis de construire de l'incinérateur ou l'autorisation d'exploitation en tant qu'installation classée.

En l'espèce, ATTAC Montpellier a pour objet social « de produire et communiquer de l'information, ainsi que de promouvoir et mener des actions de tous ordres en vue de la reconquête, par les citoyens, du pouvoir que la sphère financière exerce sur tous les aspects de la vie politique, économique, sociale et culturelle dans l'ensemble du monde ».

La difficulté ici ne tient pas au champ d'action géographique, puisqu'ATTAC Montpellier « exerce ses activités en liaison avec l'association nationale ATTAC » : il s'agit donc d'un démembrement local de cette dernière. Elle tient plutôt aux effets de la décision contestée.

L'association fait valoir à cet égard que la passation d'un contrat de partenariat est « symptomatique de cette prise de pouvoir de la sphère financière au détriment du pouvoir politique » et de la « financiarisation » dont ce contrat est porteur au détriment de l'intérêt général. Il nous semble toutefois qu'à suivre ce raisonnement, vous reconnaitriez à l'association un intérêt pour agir dirigé contre l'ensemble des actes pris par les collectivités publiques. En effet, tous ces actes ne sont-ils pas le produit de la confrontation des différentes forces politiques, économiques et sociales, dans le cadre juridique de l'État de Droit ?

L'objet social d'ATTAC Montpellier n'est pas sans évoquer celui de l'association Le droit pour la justice et la démocratie, qui était de « de combattre l'injustice sous quelque forme que ce soit et en quelque lieu qu'elle se trouve ». Cette association a été jugée irrecevable à contester la partie procédurale d'une circulaire du ministre de l'intérieur relative à l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour : CE 10 mars 1995, Association "Le droit pour la justice et la démocratie", n° 125271, T. p. 959.

Nous vous proposons de considérer qu'en égard à la généralité de son objet social, l'association ATTAC MONTPELLIER ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation du décret approuvant le contrat de partenariat passé en vue d'assurer la réalisation et le fonctionnement de la Gare de la Mogère

9. Nous avons à peine plus d'hésitation au sujet de la requête de l'ASSECO-CFDT Languedoc-Roussillon. Ici aussi, la solution serait identique dans le cadre d'une grille d'appréciation classique de l'intérêt pour agir. Cette association a notamment pour objet « d'assurer la défense des intérêts des consommateurs » et à cette fin « d'aider les organisations CFDT de la région Languedoc-Roussillon à mieux préciser les liens entre production et consommation et à intégrer la dimension consommation dans leurs politiques et pratiques syndicales », ainsi que « de représenter ses adhérents dans les instances ayant à connaître des problèmes entrant dans le cadre de son objet ».

Nous sommes donc conduits à nous demander si l'exécution du contrat de partenariat litigieux porte atteinte aux intérêts des consommateurs locaux défendus par l'association.

Vous jugez qu'une association de défense des consommateurs a intérêt pour agir contre une décision ministérielle modifiant la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux, dès lors qu'elle entraîne une augmentation du coût supporté par ceux-ci : CE 9 juillet 1993, Association FO consommateurs, nos125761-125792-125795, p. 212.

Vous avez admis de même l'intérêt pour agir de la branche nationale de l'ASSECO-CFDT contre le décret portant modification des tarifs du service du réveil par téléphone (CE 8 avril 1987, ASSECO - C.F.D.T., n° 72569, p. 128) et contre les dispositions du recueil général des tarifs voyageurs de la SNCF créant l'abonnement Modulopass (CE 26 juin 1989, ASSECO - C.F.D.T., n° 91356, T. p. 544-956).

Ces différents actes avaient une incidence certaine et directe sur le coût des prestations concernées et par conséquent sur les intérêts des consommateurs. En revanche, nous ne voyons pas en quoi l'entrée en vigueur du contrat de partenariat portant sur la Gare de la Mogère aurait une incidence de même nature. Certes, l'association soutient que le choix de ce montage contractuel est susceptible d'avoir des répercussions sur le tarif du péage appliqué aux transporteurs, parmi lesquels SNCF Mobilité, donc par voie de conséquence sur les prix facturés in fine aux usagers. Cependant, ce lien de causalité entre montage contractuel et tarif du péage n'est allégué que de façon générale et sa réalité ne ressort d'aucun élément au dossier. Au surplus, à le supposer avéré, il n'est pas établi non plus qu'il lèse de façon directe et certaine les intérêts des consommateurs défendus par l'association.

Nous vous proposons donc de considérer la requête de l'ASSECO-CFDT Languedoc-Roussillon comme également irrecevable.

10. Si vous ne nous suivez pas sur ce dernier point et que vous décidiez d'examiner l'affaire au fond, vous ne pourriez que constater le caractère inopérant des deux moyens de légalité interne articulés par les requêtes : ils contestent le contenu du contrat et non à des vices propres du décret d'approbation attaqué. Ils sont en effet tirés de la méconnaissance des dispositions du II de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, alors applicable : il est soutenu ni la complexité du projet, ni le bilan entre les avantages et les inconvénients de ce type de contrat, ne justifierait d'y recourir.

Vous rejetteriez donc pour ce motif les conclusions aux fins d'annulation des deux requêtes.

Vous rejetterez par voie de conséquence, en tout état de cause, les conclusions présentées au titre de l'injonction par les deux associations.

PCMNC :

- au rejet des requêtes ;

- à ce que l'association ATTAC MONTPELLIER et l'ASSECO-CFDT Languedoc-Roussillon versent chacune à SNCF Réseau une somme de 3 000 euros et chacune à la SAS Gare de la Mogère une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Voir le Corpus.

Référence 6 : CE, 7ème et 2ème Ch. Réunies, 23 décembre 2016, Association ATTAC Montpellier , req. n° 392815 et 392819

1. Considérant que les requêtes n°s 392815 et 392819 sont dirigées contre le décret du 11 février 2015 approuvant le contrat de partenariat passé entre SNCF Réseau et la SAS Gare de la Mogère pour la conception, la construction, l'entretien, la maintenance et le financement du pôle d'échange multimodal Montpellier Sud de France ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, dans les conditions définies par la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat ; qu'ils ne peuvent toutefois soulever, dans le cadre d'un tel recours, que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même ;

3. Considérant, en premier lieu, que l'ASSECO-CFDT Languedoc-Roussillon a en particulier pour objet, aux termes de ses statuts, d'assurer la défense des intérêts des consommateurs en aidant ses adhérents à faire valoir leurs droits en matière de consommation et « d'aider les organisations CFDT de la région Languedoc-Roussillon à mieux préciser les liens entre production et consommation et à intégrer la dimension consommation dans leurs politiques et pratiques syndicales » ; que l'exécution du contrat de partenariat approuvé par le décret que l'association attaque ne saurait être regardée comme de nature à porter une atteinte directe et certaine aux intérêts des consommateurs ou des organisations que défend la requérante ;

4. Considérant, en second lieu, que l'association ATTAC Montpellier a pour objet social « de produire et communiquer de l'information, ainsi que de promouvoir et mener des actions de tous ordres en vue de la reconquête, par les citoyens, du pouvoir que la sphère financière exerce sur tous les aspects de la vie politique, économique, sociale et culturelle dans l'ensemble du monde » ; qu'eu égard à la généralité de son objet, l'association requérante ne peut être regardée comme se prévalant d'intérêts auxquels l'exécution du contrat de partenariat approuvé par le décret qu'elle attaque serait de nature à porter une atteinte directe et certaine ; [rejet]