

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS - PORTUGAL*

J.M. SÉRVULO CORREIA
Professeur émérite à la Faculté de
Droit de l'Université de Lisbonne

§ 1

CONTRATS PUBLICS ET CONTRATS ADMINISTRATIFS

1. Deux concepts normatifs de portée partiellement distincte

1. Après l'entrée en vigueur du *Code des Contrats Publics* (CCP), approuvé par le *Décret-loi n.º 18/2008, du 29 janvier*, il devint clair que, dans le langage juridique portugais, *contrats publics* et *contrats administratifs* sont des concepts normatifs de portée à peine partiellement superposée.
2. Dans son article 1(2), le CCP définit *contrats publics* comme étant «tous ceux qui, indépendamment de leur dénomination et nature, soient l'objet de passation par des pouvoirs adjudicateurs mentionnés en ce code». Donc, la nature publique du contrat ne dépend pas de l'objet et du contenu des obligations juridiques créées, mais du fait d'être conclu par

Je remercie Maître Stéphanie Roux (SERVULO & ASSOCIADOS, SOCIEDADE DE ADVOGADOS) pour la révision en matière de langue française.

* O presente texto foi redigido para corresponder a um convite do Professor Pierre Delvolvé de colaboração num «dossier contentieux des contrats publics» a editar proximamente pela «Revue française de droit administratif».

une entité méritant la qualification de *pouvoir adjudicateur*. Cette qualification se fonde sur les dispositions du CCP qui transposent les règles équivalentes de la directive n.º 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et de la directive n.º 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

3. Dans son article 1(6), le CCP énonce aussi une complexe définition de *contrat administratif* :

«6 - Sauf disposition législative exceptionnelle, la nature de contrat administratif échoit à tout accord de volontés, indépendamment de sa forme ou dénomination, conclu entre des contractants publics et des cocontractants, ou seulement entre des contractants publics, qui s'intègre dans l'une quelconque des catégories suivantes :

- a) Les contrats qualifiés comme contrats administratifs ou soumis à un régime substantif de droit public par ce code, par une loi ou par la volonté des parties ;
- b) Les contrats ayant un objet passible d'acte administratif et les autres contrats relevant de l'exercice de pouvoirs publics ;

- c) Les contrats qui attribuent au cocontractant des droits spéciaux sur des biens publics ou l'exercice de fonctions appartenant à des organes du contractant public ;
- d) Les contrats soumis par la loi, ou vis-à-vis desquels la loi permet qu'ils soient soumis, à une procédure de passation réglée par des normes de droit public et dans lesquels la prestation du cocontractant soit susceptible de conditionner ou de substituer, d'une façon significative, la réalisation des tâches du contractant public».

4. Le législateur s'est vu dans la nécessité de faire une distinction, dans le CCP, entre *contrat public* et *contrat administratif* à cause de la structure même de cet important diplôme. En effet, celui-ci ne régit que les procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹. A côté de la discipline des procédures précontractuelles, énoncée surtout dans la Partie II, le Code régit aussi, dans sa Partie III, le régime substantif des contrats administratifs. Cette partie-ci se divise en deux titres, portant respectivement sur les «contrats administratifs en général»² et sur les «contrats administratifs en particulier»³.

¹ En réalité, le législateur portugais est allé plus loin que ce qui lui était demandé par les directives n.º 2004/18/CE et 2004/17/CE, en soumettant tout de suite aux procédures précontractuelles y établies tout contrat d'un *pouvoir adjudicateur* dont les prestations soient soumises, ou se révèlent susceptibles d'être soumises, à la concurrence du marché (article 5 (1)). L'article 16(2) donne comme exemple de contrats *des pouvoirs adjudicateurs* soumis aux mécanismes de passation du CCP le contrat de concession de service public et le contrat de société.

² Le Titre I de la Partie III régit les «Contrats administratifs en général». Il se divise dans les chapitres suivants : I. Dispositions générales ; II. Invalidité du contrat ; III. Exécution du contrat ; IV. Pouvoirs de direction et de contrôle du contractant public ; V. Modifications

Ayant dû procéder à la transposition des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, le législateur portugais s'est astreint à deux objectifs d'inégalable complexité technique : d'une part, il fit une transposition intégrée des deux directives dans la seule Partie II du Code, au lieu de se servir à cette fin de deux diplômes distincts ou de deux parties autonomes ; d'autre part, il profita de cette occasion pour créer un véritable code de la contractualisation publique en dotant ce procédé d'actuation administrative d'un régime substantif aussi bien développé et consistant.

Mais la juxtaposition d'un régime procédural d'inspiration communautaire et d'un régime substantif (ce dernier donnant une formulation normative positive à un acquis en provenance de législation éparse et de contributions de la jurisprudence et de la doctrine) rendit évidente l'impossibilité d'utiliser comme centre de référence unique aussi bien le concept de *contrat public*, que celui de *contrat administratif*. Il s'agit de deux concepts ayant une finalité dogmatique différente : le premier sert la délimitation des activités précontractuelles comprises dans le champ d'application du régime de passation d'origine communautaire. Le second correspond au besoin ressenti de donner un régime substantif au moins partiellement différent de celui du droit civil aux contrats ayant un

objectives du contrat ; VI. Cession de la position contractuelle et sous-traitance ; VII. Inexécution du contrat ; VIII. Extinction du contrat en général ; IX. Régimes spéciaux (contrats sur l'exercice de pouvoirs publics ; contrats inter administratifs ; exécution et modification des partenariats public-privés).

³ Le Titre II de la Partie III régit les «Contrats administratifs en particulier». Il se divise dans les chapitres suivants : I. Travaux publics ; II. Concession de travaux publics et de services publics ; III. Location de biens meubles ; IV. Acquisition de biens meubles ; V. Acquisition de services.

L'article 4(2) du CCP exclut l'application de ce code aux contrats ayant pour objet des biens immeubles et aux contrats de recrutement d'agents publics, parmi d'autres.

lien direct tantôt avec l'exercice de pouvoirs ou de tâches administratives tantôt avec l'utilisation de biens publics.

La distincte raison d'être des deux catégories de contrats explique que l'élément subjectif présent dans la structure de chacune d'elles ne soit pas identique. La logique sous-jacente à la détermination des entités obligées de respecter les principes d'égalité de traitement, de non discrimination et de transparence dans le choix de leurs cocontractants n'est pas la même que celle qui préside au calcul du périmètre des entités réputées comme partie nécessaire d'un contrat afin que celui-ci puisse être soumis à un régime substantif de droit administratif. On comprend donc que le CCP ait employé deux concepts subjectifs distincts pour identifier les parties nécessaires du contrat public (*pouvoir adjudicateur*) et du contrat administratif (*contractant public*) (v. les articles 1(2) (6), 2 et 3 du CCP)⁴.

Il est vrai que le CCP a – dans le Titre II (Contrats administratifs en particulier) de sa Partie III (Régime substantif des contrats administratifs) – soumis à un régime de droit administratif tous les contrats de travaux, fournitures et services. On serait donc tenté de conclure que, quant aux contrats appartenant à ces types, la coïncidence serait totale entre la

⁴ Selon l'article 2 du CCP, qui suit de près la directive n.º 2004/18/CE, les *pouvoirs adjudicateurs* sont l'État (administration directe et indirecte), les collectivités locales et les entités que cette directive appelle sans grande rigueur conceptuelle «organismes de droit public». En ce qui concerne le régime des «secteurs spéciaux», l'article 7 du CCP inclut dans les *pouvoirs adjudicateurs* d'autres entités soumises à une influence dominante, on bénéficiant d'une réserve d'activité.

L'article 3 du CCP énonce trois situations déterminantes de la catégorie de *contractant public* (l'élément subjectif nécessaire d'un contrat administratif) : a) les *pouvoirs adjudicateurs* compris dans l'administration directe ou indirecte de l'État ou constitués par des collectivités locales ; b) les «organismes de droit public» à condition que des contrats conclus par eux soient, par volonté des parties, qualifiés comme administratifs ou soumis à un régime substantif de droit public ; c) les entités qui, indépendamment de leur nature publique ou privée, concluent des contrats dans l'exercice de fonctions matériellement administratives.

soumission au régime procédural administratif de passation et au régime substantif de droit administratif. Et, en même temps, on arriverait à une conclusion selon laquelle, par force d'une classification législative, on aurait mis fin à la vieille distinction (basée sur des critères comme celui des clauses exorbitantes ou de la réalisation immédiate d'intérêts publics) entre contrats administratifs de fournitures et de services et contrats de droit privé de l'administration de fournitures et de services.

Or, en vérité, ce n'est pas ce qui arrive dans tous les cas, puisque, quand il s'agira d'«organismes de droit public», leurs contrats de fournitures et de services, bien que soumis au régime procédural de passation de la Partie II du CCP, ne seront soumis au régime substantif de droit administratif établi dans la Partie III que si les contractants les qualifient comme *contrat administratif*, ou stipulent pour eux un régime substantif de droit public (CCP, article 4(1) (b)).

Il faut, finalement, rappeler que le principe général est celui de la non-typicité des contrats administratifs (CCP, article 278) et que beaucoup de contrats, typiques ou atypiques, rentrant dans un ou plusieurs critères substantifs d'administrativité du contrat établis à l'article 1(6) du CCP, ont comme objet des prestations non soumises, et insusceptibles d'être soumises, à la concurrence du marché. Dans ces cas-la, il s'agit, donc, de contrats administratifs dont la conclusion ne dépend pas des mécanismes de passation d'origine communautaire. En plusieurs cas, la procédure précontractuelle de nature concurrentielle n'est même pas possible. C'est ce qui arrive avec la plupart des contrats inter-administratifs et des contrats sur l'exercice de pouvoirs publics (dont les contrats substitutifs d'acte administratif).

Enfin, il se peut aussi que des *contrats administratifs* ne soient pas une catégorie de *contrats publics* (bien que ce soit une situation exceptionnelle). C'est ce qui arrivera quand l'entité de nature privée qui stipule le contrat doit être considérée comme *contractant public* du seul fait qu'elle agit dans l'exercice de fonctions matériellement administratives (CCP, article 3(2)).

5. En somme, la dénomination donnée au texte législatif de droit portugais (Code des *contrats publics*) peut devenir trompeuse si elle crée la conviction soit que la loi emploierait *contrats publics* comme synonyme de *contrats administratifs*, soit qu'elle aurait choisi comme référence unique de réglementation un concept de *contrat public* ayant une signification plus ample que celle de *contrat administratif* et capable de dispenser cette dernière en tant qu'outil dogmatique de premier rang. En réalité, chacune des deux expressions a une incidence propre et différente de celle de l'autre.

Dans le CCP, «*contrats publics*» qualifie les contrats soumis aux procédures de passation réglées dans la Partie II en transposition des directives 2004/18/CE et 200/17/CE. Mais cet effet de délimitation du champ d'incidence de ce régime procédural requiert la conjugaison de l'élément subjectif (*pouvoir adjudicateur*) avec la condition selon laquelle il s'agisse de contrats ayant pour objet des prestations soumises à la concurrence du marché ou qui soient susceptibles de l'être (articles 5(1) et 16)⁵.

⁵ La soumission (ou la susceptibilité de soumission) des prestations à la concurrence du marché pourra notamment être déterminée – selon l'article 5(1) – en fonction de leur nature ou

Le spectre subjectif «public» des contrats publics (constitué par les *pouvoirs adjudicateurs*) est de plus grande ampleur que celui des contrats administratifs (formé par les *contractants publics*)⁶.

Les *contrats publics* visés par les directives communautaires appartiennent à des types ouverts à une discipline substantive de caractère administratif⁷. Mais, pour qu'un de ces contrats soit soumis non seulement au régime de passation mais aussi au régime substantif des contrats administratifs, il faudra tout d'abord que le *pouvoir adjudicateur* soit aussi un *contractant public*. Or ni tous les premiers ont la deuxième qualité.

Et beaucoup d'autres contrats – typiques ou atypiques – tomberont sous des critères d'administrativité sans que leurs prestations puissent être soumises à la concurrence du marché. Ils seront donc des *contrats administratifs*. Mais, même si le *contractant public* a aussi la qualité de

de leurs caractéristiques et aussi de la position relative des parties au contrat ou du contexte de la formation de celui-ci.

Selon l'article 16(2), sont, entre autres, considérées comme prestations soumises à la concurrence du marché les prestations typiques des contrats suivants, «quelque soit leur dénomination ou nature» : les marchés publics de travaux, de concession de travaux publics, de concession de services publics, de location ou acquisition de biens meubles et de services.

⁶ Les *organismes de droit public* intègrent le concept de *pouvoir adjudicateur* étant pour cette raison-là soumis à la discipline procédurale du Code. Mais ils ne seront *contractants publics* (pour l'effet de soumission au régime substantif de la Partie III) que si le contrat par eux conclu est qualifié comme administratif par la volonté des parties ou soumis par la loi à un régime substantif de droit public ou encore si le contrat est conclu dans l'exercice de fonctions matériellement administratives (article 3 (1, b) (2)).

⁷ Les types qualifiés comme ayant des prestations soumises à la concurrence du marché pour l'effet du régime procédural de passation sont aussi régis sur le plan substantif dans la Partie III (marchés de travaux publics, concessions de travaux publics et de service public, location ou acquisition de biens meubles, acquisition de services, société). V. les articles 16(1) et le Titre II de la Partie III.

pouvoir adjudicateur, ils seront des *contrats publics* sans que cette qualité déclenche des effets juridiques spécifiques.

Puisque, en conclusion, la superposition des catégories de *contrat public* et de *contrat administratif* n'est que partielle et qu'elles ont des effets différents (soumission à un régime procédural ou à un régime substantif), il faut, donc, utiliser les deux concepts comme outils dogmatiques de fonction distincte.

§ 2

LES JURIDICTIONS COMPÉTENTES

I. L'ORDRE JURIDICTIONNEL ADMINISTRATIF

6. Le droit portugais connaît, depuis 1832, un *ordre juridictionnel administratif*, c'est à dire, un système de juridictions administratives distinct de l'ordre juridictionnel civil et pénal, relevant d'une cour suprême qui leur est particulière : la Suprême Cour Administrative (*Supremo Tribunal Administrativo* - STA)⁸.

La réforme de l'administration publique décrétée par le premier gouvernement libéral en 1832 créa, à l'image du modèle français de l'époque, des conseils de préfecture, compétents pour connaître du «contentieux de l'administration». Un Conseil d'État jugeait les recours

⁸ Pour cette notion d'*ordre juridictionnel administratif*, v. DEBBASCH/RICCI, *Contentieux Administratif*, 8.e éd., Paris : Dalloz, 2001, p. 47.

contre leurs décisions. En 1870, la section contentieuse du Conseil d'État se sépara, donnant naissance à une Suprême Cour Administrative (STA)⁹.

Aujourd'hui, le système comporte, au niveau local, les tribunaux administratifs, à un niveau intermédiaire, les cours administratives centrales (une à Lisbonne et une à Porto) et, au sommet, le STA. Celui-ci exerce surtout les fonctions de cour de cassation.

Les tribunaux administratifs sont le juge de droit commun. Les compétences d'appel appartiennent en principe aux cours administratives centrales. Quelques jugements de premier ressort relèvent directement de la cassation devant la Suprême Cour Administrative (STA). Le STA maintient des compétences de juge direct pour le contentieux de certaines décisions, dont celles du Conseil des Ministres et du Premier Ministre (ETAF, article 24 (1)).

Un Tribunal des Conflits règle les conflits entre juridictions appartenant aux deux ordres juridictionnels.

La *Constitution de la République Portugaise* (CRP) établit une garantie institutionnelle sur l'existence d'un ordre juridictionnel administratif ayant à son sommet le STA (articles 209 (1) (b) et 212).

Il convient d'ajouter que – contrairement à ce qui arrive en France et en parallèle avec les solutions allemande et italienne – au Portugal, les juridictions administratives et leurs juges ne font pas partie de l'Administration au sens organique. Il s'agit d'éléments de l'appareil

⁹ MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Do Conselho de Estado ao Actual Supremo Tribunal Administrativo*, Lisboa, 1998; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa: LEX, 2005, 439.

judiciaire séparés des juridictions civiles et pénales pour des raisons de spécialisation et de dimension.

II. LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL ADMINISTRATIF EN MATIÈRE DE CONTRATS

1. La portée du critère axé sur la relation juridique administrative
7. Selon l'article 212(3) CRP, il appartient aux juridictions administratives de juger les actions et les recours concernant les litiges provenant de relations juridiques administratives.

Si ce précepte constitutionnel devait faire l'objet d'une interprétation purement littérale, seraient entachés d'inconstitutionnalité tous les préceptes législatifs donnant à des juridictions administratives le pouvoir de juger les litiges respectant l'interprétation, la validité ou l'exécution de contrats de droit privé de l'administration, même quand il s'agirait de contrats publics puisque conclus par des entités ayant la nature de *pouvoir adjudicateur*, et même encore lorsque ces contrats de droit privé sur le plan substantif auraient été précédés d'une procédure de passation de droit public. C'est ce qui arrive avec les contrats de société conclus par des *pouvoirs adjudicateurs*.

De la même façon, serait aussi inconstitutionnelle toute règle spéciale qui donnerait aux juridictions civiles le pouvoir de juger des litiges émergeant de contrats de contractants publics auxquels s'applique un quelconque critère matériel d'administrativité.

Cependant, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et du STA et la doctrine ont accepté pacifiquement que le précepte de l'article 212(3) CRP est une clause générale définissant un espace tendanciel et non une réserve matérielle absolue¹⁰.

2. Les critères législatifs de compétence

8. La définition législative de la compétence des juridictions administratives pour les litiges se rapportant à des contrats obéit, sur le plan structurel, à la considération soit des litiges émergeant des procédures de passation soit de ceux ayant égard à l'interprétation, validité et exécution. Ces compétences sont énoncées par le *Statut des Tribunaux Administratifs et Fiscaux (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais - ETAF)*¹¹.

Selon l'alinéa (e) de l'article 4(1), les tribunaux (au sens ample de juridictions) administratifs sont compétents pour les «questions relatives à la validité des actes précontractuels». Il s'agit, donc, du pouvoir de contrôle juridictionnel de la légalité des décisions intégrées dans les procédures de passation. Ces procédures, régies par des normes de droit administratif, constituent des formes spéciales de procédure administrative non-contentieuse (*procedimento administrativo*). Il s'agit d'instituts du droit public et les décisions qui y sont prises ont la nature de décisions administratives.

¹⁰ Pour tous, v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10.eme éd., Coimbra : Almedina, 2009, p. 101 ss, et les arrêts et passages doctrinaux y cités.

¹¹ Approuvé par la Loi 13/2002, du 19 février, modifiée par la Loi 4-A/2003, du 19 février.

Le même alinéa (e) de l'article 4(1) de l'ETAF remet aussi aux juridictions administratives les questions relatives à l'interprétation, validité et exécution des contrats quand une loi spécifique soumet ces contrats (ou permet qu'ils soient soumis) à une procédure précontractuelle régie par des normes de droit public. Cette clause s'appuie sur l'interprétation de la Constitution selon laquelle la compétence des juridictions administratives ne se borne pas strictement aux litiges sur des relations juridiques administratives. Comme on l'a déjà vu, le fait qu'un contrat soit soumis à une procédure administrative de passation ne signifie pas que les obligations y stipulées se régissent par le droit administratif. Une clause de compétence fondée sur la nature administrative de la procédure précontractuelle est de façon à comprendre aussi des contrats régis par le droit civil.

Finalement, l'alinéa (f) de l'article 4(1) de l'ETAF comprend aussi dans la compétence des juridictions administratives «les questions relatives à l'interprétation, validité et exécution des contrats ayant un objet passible d'acte administratif, des contrats par rapport auxquels des normes de droit public régissent des aspects spécifiques de leur régime substantif et des contrats dont au moins une des parties soit une entité publique ou un concessionnaire agissant dans le contexte de la concession, pourvu que les parties les aient expressément soumis à un régime substantif de droit public». Cette disposition est complétée par l'alinéa (b) de la même section (1) de l'article 4 de l'ETAF, selon lequel est aussi comprise dans la juridiction en cause l'appréciation de «... l'invalidité de quelconque contrat qui résulte directement de l'invalidité de l'acte administratif sur lequel se soit fondée la respective conclusion». À côté des questions sur

l'interprétation et l'exécution du contrat, nous trouvons ainsi celles portant sur deux types d'invalidité selon la cause : l'invalidité originaire, provenant de l'illégalité de stipulations, et l'invalidité dérivée, causée par des vices de procédure dans la formation du contrat.

Encore une fois, nous nous trouvons devant la possibilité du jugement d'un tribunal administratif sur un contrat dont la substance est de droit privé.

La comparaison de l'alinéa (f) de l'article 4 (1) de l'ETAF avec l'article 1 (6) du CCP permet de vérifier que l'énoncé des critères d'administrativité des contrats n'y correspond pas à une formule unique. Mais, sans qu'on puisse entrer ici dans les détails, il semble possible d'en faire une application intégrée.

En conclusion, il appartient aux juridictions administratives de juger tous les litiges émergeant de procédures administratives précontractuelles et tous ceux sur l'interprétation, validité et exécution des contrats administratifs et des contrats de droit privé de l'Administration quand la loi soumet leur formation à l'emploi d'une procédure administrative ou permet un tel usage.

III. L'ARBITRAGE

9. Traditionnellement, le droit portugais permet à l'administration publique de se soumettre à l'arbitrage pour la solution de litiges, provenant de

relations juridiques administratives, en matière de validité, interprétation ou exécution de contrats ou de responsabilité extracontractuelle¹².

Actuellement, le CPTA établit que l'administration peut recourir à l'arbitrage pour le jugement de litiges sur des contrats et que la compétence du tribunal arbitral peut comprendre l'appréciation d'actes administratifs se rapportant à l'exécution des contrats (article 180 (1) (a)). Le code fait exception à cette admissibilité dans les cas où il existe des contre-intéressés, à moins que ceux-ci acceptent l'accord d'arbitrage.

Bien que la position du législateur soit de réticence de principe envers la possibilité d'un contrôle arbitral de la légalité des actes d'autorité de l'administration¹³, l'admissibilité du contentieux arbitral des actes administratifs d'exécution des contrats se doit à l'avantage de pouvoir discuter dans un seul procès, sous tous ses angles, une relation juridique contractuelle administrative qui fait l'objet d'un litige¹⁴.

Si les parties n'ont pas donné aux arbitres le pouvoir de décider selon l'équité¹⁵, elles peuvent porter recours des décisions de ceux-ci devant la Cour Administrative Centrale territorialement compétente.

¹² SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos*, in: Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Livraria: Lex, 1994, p. 233 ss.

¹³ AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime Do Processo Nos Tribunais Administrativos*, 4.^{ème} éd., Coimbra: Almedina, 2005, p. 405.

L'article 180 du CPTA n'admet la compétence des tribunaux arbitraux pour décider sur la légalité d'actes administratifs qu'en deux cas. Le premier est celui des actes administratifs relatifs à l'exécution de contrats administratifs et le second celui des «actes administratifs susceptibles d'être révoqués pour des motifs différents de celui de leur invalidité».

¹⁴ AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime ...*, cit., p. 406.

¹⁵ Il semble plus que douteux que la légalité d'un acte administratif (d'exécution d'un contrat) puisse faire l'objet d'un jugement selon l'équité.

§ 3

CADRE SYNOPTIQUE DES ACTIONS EN JUSTICE ADMINISTRATIVE

I. ACTIONS PRINCIPALES À DÉROULEMENT ORDINAIRE

10. Les types d'actions en contentieux administratif sont fixés par le *Code de procédure dans les juridictions administratives (Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos – CPTA)*¹⁶.

On peut y distinguer trois groupes d'actions : les actions principales, les référés provisoires et les actions d'exécution des décisions de justice.

Les actions principales se divisent tout d'abord en fonction des régimes de déroulement ordinaire et de déroulement urgent.

11. Les *actions principales à déroulement ordinaire* se divisent à leur tour en *action administrative spéciale* et *action administrative commune*.

L'action administrative spéciale peut revêtir l'une des quatre modalités suivantes : *action en annulation d'actes administratifs* ; *action en condamnation à l'émission d'un acte administratif* ; *action en annulation de normes réglementaires* ; *action en déclaration d'illégalité de l'omission de normes réglementaires*.

Il s'agit d'actions administratives, créées par le législateur pour le contentieux administratif. Leur source originale se trouve dans les

¹⁶ Approuvé par la Loi 15/2002, du 22 février, modifiée par la Loi 4-A/2003, du 19 février.

préceptes du CPTA. L'application de la procédure civile n'est que supplétive et requiert des adaptations (CPTA, article 1). Dans ces actions, la demande est typique et correspond à leurs noms. Leur objet consiste en une décision administrative (acte administratif ou norme réglementaire). Mais il faut ouvrir une exception pour *l'action en condamnation à l'émission d'un acte administratif*. Cette action défend le particulier contre une omission (silence) de l'administration face à une demande de pratique d'un acte administratif favorable ou contre un refus exprès. Mais le législateur tient à souligner que, dans ces cas-là, l'objet du procès est la prétention de l'intéressé et non la conduite omissive ou négative de l'administration.

Un principe général du CPTA est celui de l'admissibilité de cumulation de demandes (CPTA, article 4). Une des maintes condensations de ce principe réside dans l'admissibilité de joindre à la demande d'annulation d'autres demandes portant, par exemple, sur la condamnation à la pratique d'un autre acte administratif en substitution, sur l'annulation ou déclaration de nullité d'un contrat quand l'acte contesté intègre la procédure précontractuelle ou encore sur des aspects de l'exécution d'un contrat quand l'acte contesté soit un acte détachable postérieur à la conclusion du contrat (CPTA, article 47 (2) (a), (c) et (d)).

La possibilité de demander l'annulation ou la déclaration de nullité d'un contrat lorsque l'acte administratif contesté intègre la procédure précontractuelle (CPTA, article 47 (2) c)) est confirmée par la permission d'extension de l'objet d'une action en annulation d'un acte administratif. Selon l'article 63 (2) du CPTA, lorsqu'un contrat est conclu tandis que se déroule encore l'action en annulation d'un acte précontractuel s'y référant,

l'objet de l'instance peut être élargi à l'annulation ou déclaration de nullité du contrat en raison de son invalidité dérivée. Bien que la forme d'action correspondant à chacune de ces deux demandes soit différente (action administrative spéciale pour la contestation d'un acte administratif et action administrative commune pour l'annulation ou déclaration de nullité d'un contrat), l'apparente contradiction est résolue par l'article 5 (1) CPTA, selon lequel, si aux demandes formulées correspondent des formes différentes d'action, l'action administrative spéciale sera utilisée.

12. L'autre catégorie d'action principale à déroulement ordinaire est l'*action administrative commune*. Cette forme d'action correspond à toute demande émergeant de litiges appartenant à la compétence des juridictions administratives auxquels aucune forme spéciale de procédure ne soit applicable (CPTA, article 37 (1)).

Parmi les exemples de situations dont le moyen d'appréciation propre est l'action administrative commune, le CPTA mentionne «l'interprétation, validité ou exécution de contrats» (article 37 (2) (h)).

Mis à part un nombre réduit de normes spéciales, l'action administrative commune est régie par la procédure commune du Code de Procédure Civile («*processo de declaração*») (CPTA, article 42 (1)). Cette option pour un régime procédural hybride (mi procès administratif / mi procès civil) correspond à une vieille tradition du droit portugais. Pendant la longue période où le seul «contentieux de pleine juridiction» admis au contentieux administratif correspondait aux actions en matière de contrats et de responsabilité extracontractuelle de l'administration, c'était déjà la

procédure civile celle qui s'appliquait à ces actions où le juge administratif pouvait condamner l'administration à agir ou à payer.

II. ACTIONS PRINCIPALES À DÉROULEMENT URGENT

13. Dans le contentieux administratif contemporain, l'urgence n'est plus une caractéristique exclusive des procédures provisoires. La tutelle juridictionnelle ne réussit plus à atteindre le degré requis d'effectivité si elle se contente de la disponibilité de moyens urgents sur le plan des procédures provisoires et, donc, accessoires. Sur ce plan, la législation portugaise a accompagné une tendance croissante – visible dans le droit européen et en maints ordres juridiques nationaux – d'identifier plusieurs situations d'urgence typiques où le *periculum in mora* n'est pas suffisamment neutralisé par des référés provisoires, exigeant au contraire des jugements définitifs rendus dans de courts délais¹⁷.

Ainsi s'explique que le CPTA établisse quatre formes d'*action principale à déroulement urgent* : deux *contestations en urgence* (Contentieux électoral et Contentieux précontractuel) et deux *injonctions en urgence* : le *référé pour la communication d'informations ou la mise à disposition de documents* et le *référé – liberté fondamentale*.

Le déroulement urgent de ces actions se traduit, d'une façon générale, dans le déroulement non interrompu pendant les vacances judiciaires et dans la pratique des actes procéduraux le jour même par le greffe (CPTA, article 36 (2)). Plus important que cela c'est que, pour les actes propres à

¹⁷ ISABEL FONSECA, *Processo Temporalmente Justo E Urgência*, Coimbra : Coimbra Editora, 2009, p. 357 ss.

chacune de ces procédures, le code établit des délais pour statuer assez courts.

14. *Brevitatis causa*, nous nous arrêterons seulement sur l'une des formes d'action principale à déroulement urgent : le *contentieux précontractuel*.

Cette action est régie aux articles 100 à 103 du CPTA, qui constituent le véhicule de transposition des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (directive recours)¹⁸.

Le nom «*contencioso pré-contractual*», donné par le législateur à cette procédure principale d'urgence, peut induire en erreur un observateur superficiel. En réalité, il s'agit seulement du contentieux en matière des marchés publics de travaux, de concessions de travaux publics, de fournitures et de services, c'est-à-dire, les ainsi appelés «contrats des directives». Par conséquent, nous avons dans le système portugais deux sortes de contentieux précontractuel. L'un d'eux, régi par les articles 100 à 103 du CPTA, est un contentieux d'urgence, s'appliquant seulement aux contrats précités. L'autre, utilisable pour la contestation en matière d'illégalités vérifiées dans les procédures administratives de passation de tout autre contrat, est régi par le régime général de contestation d'actes administratifs ou de normes réglementaires fondée sur l'illégalité, ou de condamnation à l'émission d'un acte administratif. En somme, pour le contentieux précontractuel de tous contrats non compris par l'action en

¹⁸ Initialement transposées par le décret-loi 134/98, du 15 mai, abrogé par le CPTA.

urgence des articles 100 à 103 du CPTA, s'applique l'action administrative spéciale, un groupe d'actions principales à déroulement ordinaire¹⁹.

15. Ayant classé l'action appelée «*contencioso pré-contratual*» parmi les actions principales à déroulement urgent, le législateur établit des délais assez courts pour tous les actes de cette procédure et l'a simplifiée. Également pour la saisine du tribunal administratif le délai, compté de la notification de la décision contestée (ou de sa connaissance quand il n'y a pas lieu à notification) est d'un mois, un délai plus court que le délai général pour agir dans les actions en annulation d'acte administratif, qui est de trois mois (CPTA, article 101). La jurisprudence semble fixée dans le sens selon lequel le délai d'un mois s'applique aussi aux demandes en déclaration de nullité²⁰.

¹⁹ Bien que limitant l'action d'urgence au contentieux précontractuel des contrats des types visés par les directives 2004/18 et 2004/17, le législateur portugais donne une application plus étendue au régime procédural requis par les «directives recours» que celui exigé par le législateur communautaire, puisque la procédure d'urgence des articles 100 à 103 du CPTA ne dépend pas de seuils de valeur, s'étendant à tous les litiges sur la passation des contrats appartenant aux types y mentionnés.

Par ailleurs, le «contentieux précontractuel» des articles 100 à 103 du CPTA ne sert pas seulement à contester la violation des règles de passation d'origine communautaire, mais de toute autre règle de la procédure précontractuelle définie avec autonomie par le législateur portugais. V. ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *O contencioso urgente da contratação pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78 (novembre/décembre 2009), p. 6.

²⁰ Le législateur fait une distinction entre annulabilité et nullité (ou nullité absolue) des actes administratifs. Si l'acte est annulable, il y aura lieu à une demande en annulation, soumise à un délai de saisine du tribunal de trois mois. La règle générale est celle de l'annulabilité : les actes administratifs illégaux sont nuls seulement dans les cas typifiés par la loi. La demande en déclaration de nullité ne dépend pas, en principe, d'un délai de saisine. Sur l'application du délai d'un mois, en contentieux précontractuel, aussi pour la demande de déclaration en nullité, v. AROSO DE ALMEIDA/FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a ed., Coimbra : Almedina, 2010, p. 676).

La jurisprudence est pacifique sur la nature du contentieux précontractuel comme procédure d'utilisation nécessaire. Les particuliers intéressés n'ont pas d'option entre ce moyen et l'action administrative spéciale (à déroulement ordinaire). En effet, l'urgence ne sert pas seulement l'effectivité de la tutelle des intérêts privés, mais aussi la sûreté dans la définition des intérêts publics poursuivis moyennant l'activité contractuelle de l'administration²¹.

16. L'action de contentieux précontractuel est aussi utilisable en face de décisions en provenance d'entités de droit privé (*sujeitos privados*) dans le cadre de procédures de droit public visant la formation de contrats (CPTA, article 100 (3)). Cette disposition prétend couvrir les situations, typifiées dans le droit communautaire, où les *pouvoirs adjudicateurs* n'ont pas cette qualité en considération de leur nature juridique vraiment publique, mais pour des raisons concernant les sources de leur financement ou les centres de dominance de leur gestion.

Une autre norme spécifique du régime du «*contencioso pré-contractual*» est celle qui ajoute aux actes susceptibles de constituer l'objet de contestation les documents de conformation de la procédure de formation des contrats, dont le document d'appel à la concurrence et les cahiers de charges, ayant notamment comme fondement l'illégalité des spécifications techniques,

²¹ Ainsi, par exemple, l'arrêt de la 1.^{ère} Section du STA, 1.04.2003, *Costa e Carvalho, Lda.*, considère que le caractère urgent de la procédure résultant de la transposition de la directive 89/665/CEE correspond à la dimension élevée des intérêts présents dans les procédures de passation, intérêts qui ne sont pas seulement ceux des candidats. Il est, donc, raisonnable que ceux-ci n'aient pas le choix entre les régimes à déroulement ordinaire et à déroulement urgent de la contestation, c'est-à-dire, que le délai d'un mois pour la saisine soit impératif.

économiques ou financières (CPTA, article 100 (2)). Si, comme on tend à le croire au Portugal, ces documents ont une nature réglementaire (en raison de leur caractère général et abstrait), sa contestation est aussi possible, pour les contrats de type non couvert par l'action à déroulement urgent appelée «contentieux précontractuel», à travers l'action administrative spéciale de contestation des normes réglementaires.

Aussi en parallèle avec ce qui est établi pour les actions principales à déroulement ordinaire (CPTA, article 63), l'article 102(4) permet l'élargissement au contrat entre-temps conclu de l'instance de «contentieux précontractuel» initiée contre un acte ou des actes administratifs.

III. RÉFÉRÉS PROVISOIRES

17. Dans le tableau de formes d'action dessiné dans le CPTA, se distinguent, en première place, dans le domaine des procédures non principales, les *référés provisoires (processos cautelares)* (articles 109 à 134). Ces procédures sont par nature accessoires d'une autre instance, puisque leur finalité est d'assurer l'utilité d'un jugement qui pourra être rendu dans une action principale.

Obéissant à l'impératif constitutionnel de disponibilité de mesures de sauvegarde appropriées (*adopção de medidas cautelares adequadas*) comme instrument de la garantie de tutelle juridictionnelle administrative effective (CRP, 268 (4)), l'article 112 (1) CPTA donne corps au principe d'atypicité des moyens en référé provisoire. À cet effet, la norme admet des mesures soit conservatoires soit par anticipation et stipule

l'admissibilité de toutes celles qui se révèlent adéquates pour assurer l'utilité du jugement à rendre dans une action principale. Le juge peut décider *ex officio* une mesure différente de celle demandée, se guidant par des critères de proportionnalité (article 120 (3)).

Le principe d'atypicité n'empêche pas le législateur de prévoir certaines mesures typiques, dont le classique référé - suspension de l'efficacité d'un acte administratif, qu'il élargit à la suspension de l'efficacité d'une norme réglementaire, limitée au cas du requérant (CPTA, articles 128 et 130).

L'article 132, analysé plus en avant, s'occupe des mesures provisoires relatives à des procédures de formation de contrats.

En même temps que la demande d'annulation ou de déclaration en nullité d'actes administratifs relatifs à la formation de contrats, on peut aussi requérir des mesures destinées à corriger l'illégalité ou à empêcher que les intérêts en présence soient à nouveau endommagés. Entre ces mesures, s'inclut la suspension de la procédure de formation du contrat (CPTA, 132 (1)). À cet effet, on considère aussi comme des actes administratifs ceux en provenance d'entités de droit privé délivrés dans le cadre de procédures précontractuelles de droit public (article 132 (2)).

L'octroi de mesures provisoires dépend de la pondération, par le tribunal, entre la dimension probable des dommages résultant pour les intérêts en opposition, respectivement, de la prise ou de l'omission des mesures requises. Quand le bien-fondé de la prétention dans l'action principale soit évident, notamment si l'illégalité de l'acte contesté est manifeste, la mesure provisoire sera adoptée sans besoin d'une évaluation de

probabilité de dommages résultant de sa concession ou de sa non concession (CPTA, article 132 (6)).

Si, au moment de l'appréciation de la demande de mesure provisoire, le juge de référé considère démontrée l'illégalité des spécifications figurant dans les documents se rapportant à la procédure de passation et cette illégalité est aussi invoquée comme fondement de la demande dans l'instance principale, la correction peut être déterminée avec des effets définitifs et ce jugement vaut comme décision dans l'action principale (CPTA, article 132 (7)).

Il faut ajouter que les mesures de référé ainsi sommairement indiquées sont applicables tant en conjugaison avec l'action principale à déroulement urgent que par rapport à l'action principale à déroulement ordinaire²². Comme on l'a souligné, l'emploi de l'une ou de l'autre de ces actions-là pour le contentieux des procédures précontractuelles dépend de la nature des contrats.

IV. PROCÉDURES D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE

18. Selon l'article 205 (3) CRP, «la loi régit les termes de l'exécution des jugements des tribunaux relativement à toutes les autorités...». En conformité, le CPTA procure aux justiciables les moyens procéduraux nécessaires à faire valoir contre les autorités administratives les prétentions émergentes de jugements avec l'autorité de la chose jugée toutes les fois que ces autorités méconnaissent l'obligation d'exécuter.

²² FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Coimbra : Almedina, 2006, p. 570, 571.

Dans son Titre VIII (De la procédure d'exécution), le CPTA institue trois formes d'action : «exécution pour la prestation de faits ou de choses», «exécution pour le paiement d'une somme déterminée» et «exécution des jugements d'annulation d'actes administratifs». Le délai pour la saisine visant l'exécution est de six mois (CPTA, 164 (2) et 170 (2)).

La primauté des jugements des tribunaux sur les décisions des autorités administratives a comme conséquence la nullité de tout acte administratif non conforme à la chose jugée. Leurs auteurs encourent une responsabilité civile et disciplinaire. L'inexécution constitue aussi crime de désobéissance lorsque le responsable, notifié aux fins d'exécution, manifeste l'intention inéquivoque de ne pas procéder à l'exécution sans invoquer un motif légitime, ou ne procède pas à l'exécution dans les termes fixés dans le jugement ou dans la procédure d'exécution elle-même (CPTA, article 159).

Le juge administratif peut établir *ex officio* un délai pour l'exécution de toutes les injonctions qu'il adresse à l'administration et prononcer des astreintes (CPTA, article 3 (2)). Les astreintes retombent individuellement sur les personnes responsables, et non sur les entités publiques qu'elles servent (CPTA, article 169 (1)).

Mais, l'exécution juridictionnelle proprement dite ne se confond pas avec les moyens de pression indirecte à l'exécution. Dans le cadre des procédures d'exécution, le tribunal peut, outre la déclaration de nullité des décisions administratives non conformes au jugement exécuté, notifier toute autorité administrative, notamment celles qui ont des pouvoirs hiérarchiques ou de supervision, pour se substituer au responsable,

nommer des commissaires, déterminer des paiements à travers une dotation budgétaire à l'ordre du Conseil Supérieur de la Magistrature, se substituer à l'organisme administratif produisant moyennant une décision juridictionnelle les effets juridiques propres de l'acte administratif omis et octroyer des compensations pécuniaires en substitution de l'exécution directe quand le tribunal juge en faveur de l'existence d'un motif légitime d'inexécution.

Le contentieux administratif portugais est régi par le principe de tutelle intégrale, selon lequel «à tout droit ou intérêt protégé par la loi correspond la tutelle adéquate ...» (CPTA, article 2 (2)). En conséquence, aucune prétention ne pourra ne pas être appréciée par un tribunal administratif en raison de l'inexistence d'une forme d'action propre. À défaut d'une action principale correspondant spécifiquement à la prétention du requérant, la forme d'action administrative commune sera toujours utilisable. Pour la même raison, tout jugement passé en force de chose jugée doit trouver, en cas d'inexécution par l'administration, un moyen d'exécution effective grâce à l'emploi du pouvoir coercitif détenu par les tribunaux.

Les divers moyens d'exécution sont utilisables selon les circonstances par rapport aux jugements rendus en contentieux précontractuel ou contractuel. Également les mesures de sauvegarde, c'est-à-dire, les mesures prononcées en référé provisoire, sont passibles d'exécution moyennant les diverses formes d'action exécutive²³.

²³ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., p. 369.

§ 4

SITUATIONS LITIGIEUSES, LEURS SUJETS ET POUVOIRS DU JUGE

I. SITUATIONS LITIGIEUSES

19. Sur le support de la matière exposée, on peut maintenant classer les situations litigieuses propres au contentieux des contrats publics et contrats administratifs en *situations se référant à l'exercice de pouvoirs d'autorité* et *situations purement substantives*.

Les premières ont comme centre l'antérieure émission d'un acte administratif, ou le refus ou omission d'une telle émission, ou bien l'émission d'une norme réglementaire ou son omission. L'acte administratif et la norme réglementaire sont deux formes juridiques typiques de l'exercice du pouvoir administratif. Son emploi, ou le refus ou l'omission de son emploi, créent ou manifestent des situations juridiques actives ou passives dans des sphères juridiques individuelles. Les sujets juridiques qui subissent ces effets peuvent se présenter devant un tribunal soutenant des prétentions oppositives, défensives ou acquisitives envers ces effets, qu'ils veulent éliminer, maintenir ou recevoir.

L'actuation contentieuse des intéressés face à l'exercice (ou non-exercice) de pouvoirs administratifs par rapport à la formation, conclusion ou exécution de contrats moyennant des actes d'autorité s'inscrit dans le cadre soit d'un *contentieux précontractuel (urgent ou ordinaire)*, soit d'un *contentieux post-contractuel*, c'est-à-dire, un contentieux des actes

détachables de l'exécution d'un contrat administratif au déroulement ordinaire.

Les demandes principales des requérants consisteront en l'annulation ou déclaration de nullité d'actes administratifs, en la déclaration d'illégalité de normes réglementaires, en la condamnation à l'émission d'actes administratifs ou en la déclaration d'illégalité de l'omission de normes réglementaires.

Ces demandes peuvent être cumulées avec d'autres, comme on l'a vu, mais elles déterminent la forme d'action quand il s'agit d'actions à déroulement ordinaire. Pour le contentieux des «contrats des directives», l'action applicable est une action synchrétique à déroulement urgent, dans laquelle toutes ces demandes sont concevables. Les plus fréquentes sont, toutefois, celles d'annulation d'actes administratifs et de règles figurant dans les documents se rapportant à la procédure de passation.

Les *situations litigieuses purement substantives* se rapportent à des questions de validité, interprétation ou exécution de contrats quand la prétention du particulier n'a pas pour objet l'exercice unilatéral d'un pouvoir administratif ayant pour véhicule un acte administratif ou une norme réglementaire.

La forme d'action propre à ces litiges sur la validité, l'interprétation ou l'exécution de contrats est l'action administrative commune, régie par le Code de procédure civile. Mais, s'il y a cumulation avec des demandes relatives à des actes ou à des règlements administratifs, la forme d'action administrative spéciale prévaudra.

Il s'agit ici d'un *contentieux post-contractuel* par nature, puisqu'il se réfère à des situations émergeant de contrats déjà conclus.

II. LES SUJETS DES SITUATIONS LITIGIEUSES

20. Le CPTA définit les intérêts donnant qualité à agir comme requérant dans une procédure contentieuse, mais aussi comme autorité demandée et comme contre-intéressé. Les contre-intéressés sont les particuliers auxquels un jugement favorable au requérant portera préjudice. Ils sont des parties nécessaires. Ainsi, par exemple, le particulier auquel le marché a été attribué sera contre-intéressé et partie nécessaire à l'action administrative spéciale ou au contentieux précontractuel en annulation de l'acte administratif d'attribution. S'il n'est pas notifié pour contester la demande, l'action ne pourra pas procéder en conséquence de l'«illégitimité passive».

Pour les actions administratives spéciales (à déroulement ordinaire) et pour le contentieux précontractuel (à déroulement urgent) le fait qu'il s'agisse d'un contentieux de contrats publics ou/et administratifs n'importe pas de spécialité des règles sur l'intérêt à agir. Pour des raisons d'économie, on mentionnera donc seulement les critères spéciaux énoncés par le CPTA pour les actions administratives communes se référant à la validité, interprétation ou exécution de contrats.

L'article 40 du CPTA distingue entre les demandes relatives à la validité, totale ou partielle, de contrats et les demandes relatives à l'exécution des contrats.

Les *actions en validité* peuvent être initiées par : a) les parties dans la relation contractuelle ; b) le Ministère Public et les personnes et entités ayant droit d'*actio popularis* ; c) les personnes ayant été lésées par la non-adoption de la procédure de passation exigée par la loi ; d) les personnes ayant contesté en justice un acte administratif relatif à la formation du contrat ; e) les personnes qui, ayant participé à la procédure de passation, allèguent que les clauses du contrat ne correspondent pas aux conditions de passation ; f) les personnes qui allèguent que les clauses du contrat ne correspondent pas aux conditions de passation et qu'elles n'ont pas participé à la procédure de passation en raison des conditions initiales, bien que réunissant les exigences pour participer ; g) tous les titulaires ou défenseurs institutionnels de droits subjectifs ou d'intérêts légalement protégés auxquels l'exécution du contrat porte, ou puisse vraisemblablement porter, atteinte (CPTA, article 40 (1)).

En contrepartie, les *actions relatives à l'exécution de contrats* peuvent être initiées par : a) les parties dans la relation contractuelle ; b) les titulaires ou défenseurs institutionnels de droits subjectifs ou d'intérêts légalement protégés en fonction desquels les clauses du contrat aient été stipulées ; c) le Ministère Public, quand il s'agisse de clauses dont l'inexécution puisse léser un intérêt public spécialement important ; d) les personnes et entités ayant droit d'*actio popularis* ; e) les personnes qui n'ont pas bénéficié de l'attribution du contrat suite à une procédure concurrentielle à laquelle ils ont participé.

21. Comme on peut le voir, le législateur a cherché à établir le cadre complet des intérêts susceptibles d'être lésés par la conclusion d'un contrat à la suite d'une procédure de passation entachée d'illégalité ou d'un contrat dont les clauses ne respectent pas les conditions établies dans les documents régissant la procédure concurrentielle (portant ainsi, *a posteriori* atteinte à l'égalité de traitement des candidats, effectifs ou potentiels). Aussi en ce qui concerne l'inexécution des contrats, le CPTA ouvre l'accès au tribunal à tous ceux qui, n'étant pas des parties au contrat, soient protégés par des clauses établies en faveur de tiers. Il s'agit d'une situation fréquente dans le domaine des concessions et des délégations de service public.

L'extension donnée par l'article 40 du CPTA à l'action publique (du Ministère Public) et à l'action populaire dans le contentieux des contrats publics et des contrats administratifs révèle une optique selon laquelle ces contrats ne sont pas seulement «chose des parties», mais, dans une grande mesure, «*res publica*» du fait de leurs objets, des fins d'intérêt public poursuivies par le pouvoir adjudicateur ou/et le contractant public et des exigences procédurales de transparence et d'égalité de traitement qui servent le principe de l'administration démocratique.

III. LES POUVOIRS DU JUGE

22. La Constitution garantit une tutelle juridictionnelle effective aux droits et intérêts légalement protégés en face de l'administration (article 268 (4)). Le CPTA traduit notamment, cet impératif dans le principe général selon lequel «à tout droit ou intérêt légalement protégé correspond la tutelle

adéquate de la part des juridictions administratives» (article 2 (2)). Cette assertion normative signifie que l'on ne pourrait pas se tenir à une liste taxative des pouvoirs de décision du juge administratif. Ces pouvoirs seront tous ceux qui s'avèrent nécessaires pour la protection effective. Le juge les exerce aussi bien en décidant les actions principales que les référés provisoires ou les procédures d'exécution des décisions de justice. Du point de vue structurel, les effets juridiques générés par ces décisions peuvent être *constitutifs* (l'annulation d'un acte administratif ou d'un contrat, par exemple), *déclaratifs* (la déclaration de nullité d'un acte administratif ou d'un contrat, ou l'interprétation d'une clause d'un contrat, par exemple) ou *injonctifs*. La sentence injonctive (condamnatoire) énonce un ordre d'agir ou de ne pas agir (prohibition) se référant tant à des actes juridiques comme à des opérations matérielles de l'administration.

Le principe général de cumulabilité des demandes (CPTA, articles 4 et 47) a comme conséquence qu'une seule sentence ou un seul arrêt peuvent comporter simultanément des effets juridiques de tous ces genres. On trouve dans le contentieux des contrats des exemples fréquents d'une telle cumulation. C'est le cas de l'annulation d'un acte administratif compris dans la procédure de passation accompagnée de la condamnation à la pratique des actes nécessaires au rétablissement de la légalité de la procédure (CPTA, article 4 (2) (a)). Un autre exemple sera celui d'un jugement comportant une déclaration sur l'interprétation ou la validité d'un contrat et, en même temps, l'annulation d'un acte administratif détachable émis en exécution de ce contrat (CPTA, article 4 (2) (g)).

En somme, le système portugais ne connaît pas d'étanchéité entre «contentieux contractuel de pleine juridiction» et «contentieux contractuel de l'excès de pouvoir» : les pouvoirs du juge ne sont pas limités à l'annulation d'actes administratifs et à prononcer des condamnations pécuniaires. Le juge peut annuler les contrats ou déclarer leur nullité. Et il peut le faire même si ce prononcement lui est demandé par quelqu'un qui ne soit pas partie au contrat mais à qui la situation concrète donne de l'intérêt à agir. Le juge peut aussi condamner l'administration à des comportements nécessaires à l'exécution des stipulations d'un contrat. L'ample accès de tiers au contentieux contractuel renforce le pouvoir d'intervention du juge sur les relations contractuelles puisqu'il ne dépend pas forcément de l'initiative des parties.

23. Le juge administratif détient d'autre part un *pouvoir d'appréciation* considérable en ce qui concerne le balancement des valeurs juridiques de légalité et de sécurité juridique à l'effet des conséquences de l'annulation ou de l'annulabilité d'un acte administratif précontractuel sur la stabilité du contrat. En conformité avec l'article 283 (4) du *Code des Contrats Publics* (CCP), le *principe de la conséquence annulatoire* sur le contrat de l'annulation ou annulabilité de l'acte administratif sur lequel se soit fondée la respective conclusion peut subir une exception par décision du juge quand, en fonction du balancement des intérêts publics et privés en présence et de la (moindre) gravité du vice procédural, l'annulation du contrat se manifeste disproportionnelle ou contraire à la bonne foi, ou lorsqu'il soit démontré que le vice de procédure n'impliquerait pas une

modification subjective du contrat conclu, ni le changement de son contenu essentiel.

Par ailleurs, selon l'article 45 du CPTA, le juge peut substituer par une indemnité la satisfaction de la demande quand l'accomplissement, par l'administration, des devoirs auxquels elle devrait être condamnée pourrait causer «un exceptionnel préjudice pour l'intérêt public».

Le juge exerce aussi un pouvoir de pondération des intérêts publics et privés en présence dans le cadre des référés provisoires. Bien que les conditions pour l'octroi de mesures de sauvegarde soient, en principe, vérifiées, le juge ne les octroiera pas quand, face à la pondération des intérêts publics et privés concernés, il estime que les dommages résultant de l'application des mesures seraient supérieurs à ceux qui auraient été conséquence de leur omission. Mais le juge pourra opter *ex officio* pour des mesures différentes de celles qui auront été demandées et qui puissent éviter ou diminuer de tels dommages (CPTA, article 120 (2))²⁴.

§ 5

LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2007/66/CE

DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

²⁴ GOUVEIA MARTINS, Ana, *A Tutela Cautelar No Contencioso Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 511 s.

24. L'action principale à déroulement urgent régie, aux articles 100 à 103 du CPTA, sous le nom de «*Contencioso pré-contratual*», résulte de la transposition des directives 89/665/CEE et 92/13 CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Mais ces «directives recours» ont été modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 11 décembre 2007. Cette directive est postérieure au *Code de la Procédure dans les Juridictions Administratives (CPTA)*, qui date, en sa version révisée, de février 2003. Elle est, par contre, légèrement antérieure au Code des Contrats Publics (CCP), approuvé par le décret-loi n.º 18/2008, du 29 janvier. Les travaux préparatoires de la directive 2007/66/CE ne furent pas ignorés dans la préparation du CCP. Ainsi, selon l'article 104 (1) (a), la conclusion des contrats soumis au régime de passation n'aura pas lieu avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés (*standstill*).

Mais, bien que l'application conjuguée du CPTA et du CCP couvre aussi d'autres exigences de la directive 2007/66/CE (notamment en ce qui concerne la possibilité de nier effet aux contrats conclus suite à des violations graves des règles de passation), il faut introduire d'autres garanties juridictionnelles afin d'obtenir une transposition intégrale.

Au moment où nous rédigeons ces lignes (mi-octobre 2010), un décret-loi aurait été approuvé en Conseil des Ministres pour l'effet, bien qu'il ne soit pas encore publié à la feuille officielle.

Nous donnons compte des principales innovations en nous appuyant sur un projet qui a circulé dans le milieu universitaire.

25. Une remarque qui s'impose tout d'abord concerne le fait que l'unique véhicule choisi pour la transposition soit le *Code des Contrats Publics* (CCP), dont plusieurs règles sont modifiées et auquel d'autres sont ajoutées. Le fait que le *Code de la Procédure dans les Juridictions Administratives* (CPTA) reste inchangé semble démontrer la conviction selon laquelle les remèdes à introduire appartiennent par leur nature aux procédures de passation ou au régime substantif d'invalidité des contrats concernés. Le procès de contentieux administratif est implicitement considéré comme suffisant, tel qu'il est aujourd'hui pour donner la réponse qui lui appartient à toutes les exigences du droit communautaire des contrats publics.

La plupart des modifications introduites dans le CCP sont de détail. Ainsi, par exemple, où l'article 77 (1) disait déjà que la décision d'attribution du marché sera notifiée à tous les soumissionnaires et candidats, on ajoute, maintenant, qu'on y fera mention du délai de suspension pour la conclusion du contrat (*standstill*).

Un article 78-A est ajouté au CCP sur l'«avis en cas de transparence *ex ante* volontaire».

L'unique innovation substantielle réside dans un article ajouté sous le numéro 283-A sur l'annulation de contrats par motif de certains vices de procédures. Ces vices consistent en l'omission d'avis *ex ante* au Journal

Officiel de l'Union Européenne et en la conclusion du contrat avant la fin de la période de «*standstill*».

À côté de quelques exceptions à l'effet annulatoire, dont la publication d'un avis volontaire de transparence (article 78-A), on détermine que la suppression de l'effet annulatoire sera accompagnée de l'une des sanctions alternatives suivantes : a) réduction de la durée du contrat, ou, b) sanction pécuniaire de montant inférieur ou égal au prix contractuel.

L'important précepte du nouvel article 283-A (4) limite le pouvoir d'appréciation du juge, ne permettant pas que le raisonnement de balancement aux fins d'une éventuelle suppression d'effet annulatoire puisse prendre en considération les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, le besoin du lancement d'une nouvelle procédure de passation, le changement d'opérateur économique ou les obligations légales résultant de l'absence d'effets (directive, article 2 (3)).

L'article 283-A (5) prévoit, se fondant sur l'article 2 (2) de la directive transposée, que la portée de l'annulation puisse être limitée aux obligations contractuelles qui doivent encore être exécutées quand l'effet rétroactif sera disproportionné ou contraire à la bonne foi. Dans ce cas, le tribunal devra faire application de l'une des sanctions prévues dans l'article 282-A(3).