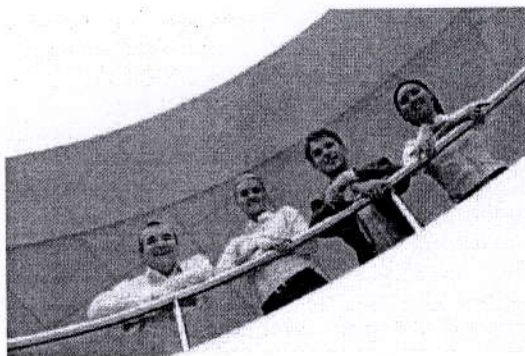


LES CONTRATS PUBLICS



LE DROIT DU CONTENTIEUX DES CONTRATS DES CONTRATS PUBLICS EN CONSTANTE ÉVOLUTION

Depuis le début de l'année 2011, le Conseil d'Etat poursuit son œuvre de bouleversement du contentieux droit des contrats publics.

1

La Haute Juridiction avait déjà, quelques années auparavant, largement assoupli sa jurisprudence consacrée aux conséquences qu'il entendait tirer des irrégularités commises par les pouvoirs adjudicateurs à l'occasion des procédures de mise en concurrence des contrats publics (CE, 28 décembre 2009, *Ophrys c/ commune de Béziers*, req. n° 304 802, AJDA 2010, p. 142). Faisant prévaloir le principe de loyauté des relations contractuelles sur le principe de légalité, elle avait ainsi considéré qu'une méconnaissance des règles de passation des contrats ne pouvait être invoquée devant le juge de plein contentieux qu'à la condition qu'elle rende impossible l'application du contrat, compte tenu de la gravité de l'irrégularité procédurale commise et des circonstances dans lesquelles elle était intervenue.

2

En début d'année 2011, le Conseil avait été amené à se prononcer sur les pouvoirs du juge de l'exécution saisi d'une demande de résiliation d'un contrat à la suite de l'annulation par le juge administratif d'un acte détachable à ce contrat pour considérer que le juge du contrat doit (CE, 21 février 2011, *communauté d'agglomération Clermont-Com munauté*, req. n° 337 349 et *Société des autoroutes*

du nord et de l'est de la France, req. n° 330 236) :

« Vérifier que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui » ;
« Apprécier l'importance et les conséquences de l'irrégularité, en tenant particulièrement compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles ».

Il avait alors défini les pouvoirs du juge du contrat à ces termes. Celui-ci peut :

« - décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties » ;
« - prononcer, le cas échéant, avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat » ;
« - annuler le contrat, mais en raison seulement des irrégularités invoquées par une partie ou relevées d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Il juge que des irrégularités commises lors de la procédure de passation du contrat peuvent être invoquées par les parties devant le juge du contrat, mais que celles-ci ne peuvent être sanctionnées par l'annulation du contrat qu'à la condition qu'elles aient été d'importance et que leurs conséquences ne portent pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou que la gravité du vice commis soit essentielle.

3

Et le jour du printemps, la Haute juridiction s'est cette fois attaquée aux recours susceptibles d'être introduits devant le juge du contrat contre une décision de résiliation et aux pouvoirs de ce juge (CE, Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304806, à paraître au rec.).

Il juge tout d'abord que :

« Le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ; qu'elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation ; que de telles conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice

administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises ».

Ensuite, sur l'office du juge, il pose :

« qu'il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité ; que, dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles ».

Pour apprécier la nécessité d'ordonner la reprise des relations contractuelles, le juge du contrat est appelé à examiner si, « eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse. »

Comme auparavant, le juge analyse la décision de résiliation unilatérale en une mesure d'exécution du contrat. Mais le juge administratif ne se reconnaissait pas le pouvoir de l'annuler, sauf à de très rares exceptions (CE, 9 janvier 1957, *Daval*, AJDA 1957, p. 9 ; CE, 3 juin 1987, *société nîmoise de tauromachie et de spectacles*, LPA, 15 juin 1988 ; CE, 4 décembre 2002, *société Eurovia Méditerranée*, BJDPC 2003, n° 27, p. 154, *concl. Le Chattelier*).

Pour le commissaire du Gouvernement Laurent en effet, « il existe un principe jurisprudentiel fondamental en matière de marché, d'après lequel le juge ne peut annuler les mesures prises par le maître de l'œuvre envers l'entrepreneur » (*Concl. sous CE, 9 janvier 1957, Daval, précité*).

Ce principe d'impossibilité de prononcer l'annulation des actes d'exécution ou de résiliation, avait été affirmé aussi bien pour les marchés publics que pour d'autres contrats, (CE, Section, 10 mai 1963, *société coopérative agricole de production « La prospérité fermière »*, RDP 1963, 597 *concl. Braibant* ; CE, Sect., 6 novembre 1970, *Sathoval*, AJDA 1971, p. 105, *concl. Baudouin*).

Pour le juge du contrat, les litiges contractuels ne pouvaient donner lieu qu'à un recours indemnitaire.

Le Conseil d'État avait rappelé à cet égard que (CE, Sect., 31 mars 1989, *département de la Moselle*, rec. p. 105 ; RFDA 1989, p. 466, *concl. Fornacciari* ; AJDA 1989, p. 315,

chron. Honorat et Baptiste) :

« Le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation des mesures prises par l'autre comme contraires aux clauses du contrat et il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir à un droit à indemnité ».

Forcené, ce principe ne connaissait que des exceptions extrêmement limitées (CE 21 décembre 1960, *Hospice de Chauny*, rec. p. 724 ; CE 26 novembre 1969, *Société civile Vincent*, rec. p. 539 ; CE 22 février 1980, *SA des Sablières d'Arressy*, rec. p. 109, DA 1980, com. 85 ; CE 3 mars 1978, *Hôpital intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël*, rec. p. 923 ; CE 16 février 1996, *SIMOTAP*, DA 1996, com. 256) :

- lorsque les textes le prévoyaient ce qui était rare ;
- pour certains contrats eu égard à leur nature ou leur importance, tels que les conventions d'occupation du domaine public ou les concessions de service public qui impliquent la réalisation par le cocontractant des investissements importants que seule la durée peut permettre d'amortir, les contrats d'organisation du service public conclus en application des lois de décentralisation.

Dans l'arrêt *Commune de Béziers*, le Conseil d'État réaffirme ce principe. Mais il y apporte immédiatement une exception, non plus au cas par cas comme précédemment, mais générale en ces termes : « eu égard à la portée » de la décision de résiliation en cas d'illégalité de celle-ci.

Pourtant, très récemment encore, dans son rapport 2008, le Conseil d'État avait très récemment rappelé que l'interdiction pour le juge d'annuler une décision de résiliation et l'avait justifiée par deux justifications essentielles (*rapport annuel du Conseil d'État « Le contrat, mode d'action public de la production des normes », rapport 2008 à la documentation française, p. 101*) :

- soit inutile dans la mesure où il intervient souvent très tardivement ;
- soit dangereuse car de nature à troubler la continuité du service public.

Bien plus, la section du contentieux du Conseil d'État ouvre au requérant le droit de demander au juge du contrat la reprise des relations contractuelles.

L'ensemble de ce mouvement jurisprudentiel tend à accroître considérablement les pouvoirs du juge du contrat. Le droit du contentieux des contrats publics jusqu'alors plutôt rigide, dans lequel son appréciation se trouvait circonscrite aux seules questions de légalité, s'ouvre désormais et lui permet de se prononcer en considération de l'économie du contrat.

Le juge administratif voit ainsi son rôle renforcé dans la vie du droit public des affaires.

Delphine KRUST

Avocate à la Cour

SCP Krust-Penaud

www.avocats-krust-penaud.com