

AJ Collectivités Territoriales 2017 p.29

Le point sur... la sécurité juridique des contrats publics

Romain Granjon, Avocat associé, cabinet ADAMAS

L'essentiel

Les révolutions sont souvent silencieuses. En quelques années, par touches successives, le juge administratif et le législateur, parfois aiguillonnés par l'imagination créatrice des avocats, ont radicalement modifié la donne en consacrant le primat du contrat et en déclinant dans le droit des contrats publics le principe de sécurité juridique introduit par le Conseil d'Etat en 2006 (1).

Des cas d'annulation de plus en plus rares

Un premier signal fort est donné par l'arrêt du Conseil d'Etat *SMIRGEOMES*, rendu en matière de référé précontractuel, qui contient en germe l'obligation de loyauté des parties dans la sphère contractuelle, dans la phase précontractuelle comme dans l'exécution du contrat.

Avant l'arrêt *SMIRGEOMES*, le seul fait d'avoir omis de préciser que, pour un marché conclu en France, les offres devaient être rédigées en langue française, suffisait à entraîner l'annulation d'une procédure de mise en concurrence.

Avec l'arrêt *SMIRGEOMES* (2), le Conseil d'Etat oblige un plaignant à établir un lien direct entre le vice de procédure invoqué et son élimination. Conséquence : le score s'est largement inversé en faveur du rejet des recours, très rares étant aujourd'hui les cas d'annulation d'une procédure.

Le législateur y a ajouté sa touche, en faisant entrer dès le stade du référé précontractuel les considérations tirées de l'intérêt général à l'article L. 551-2 du code de justice administrative.

Un contrat « mal » conclu peut néanmoins être maintenu au nom d'un intérêt public supérieur (3).

Le contentieux relatif à la construction du nouveau centre hospitalier de Chambéry en offre une bonne illustration.

Saisi par un candidat non sélectionné, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble avait relevé deux irrégularités qui auraient pu conduire à l'annulation de la procédure d'attribution du marché de conception-réalisation du nouvel hôpital. Mettant en balance les intérêts privés des plaignants et l'intérêt public de la construction d'un nouvel hôpital dans les meilleurs délais pour des considérations de santé publique, liées à l'obsolescence et l'insécurité de l'établissement existant, le juge des référés décide que les inconvénients d'une annulation de la procédure l'emporteraient sur les avantages d'une telle mesure (4).

Dans le contentieux au fond introduit par le maître d'oeuvre, le tribunal administratif refuse de prononcer l'annulation du marché eu égard à l'intérêt général qui s'attache au maintien des obligations contractuelles pour l'achèvement des travaux et l'entrée en vigueur des garanties post-contractuelles (5).

Les jurisprudences *Béziers I*, *Béziers II*, *Tropic Travaux* et *Département de Tarn-et-Garonne*

Il y a peu, un contrat conclu et exécuté pendant trente ans pouvait être frappé de nullité au motif de l'incompétence de son signataire, ou encore d'un défaut affectant les conditions de sa passation, sans que ce péché originel puisse être réparé. Certes l'intérêt général « rôdait » déjà pour éviter les solutions les plus choquantes, mais les parties n'étaient pas à l'abri des appréciations par essence subjectives de telle ou telle juridiction.

Le contrat étant annulé ou déclaré nul, le débat juridique se déplaçait sur le terrain extracontractuel, et le cocontractant se retrouvait placé - mal placé - sur le terrain juridique de l'enrichissement sans cause, à la fois aléatoire - voir les longues discussions sur l'indemnisation des frais financiers ! - et en rupture avec la logique économique des contrats, notamment pour des contrats de longue durée tels que les concessions. Et comme tout risque se paie *cash* dans un investissement à long terme, les prêteurs faisaient payer cher cet aléa.

Principe de bonne foi et de loyauté - Les jurisprudences *Béziers I* (6) et *Béziers II* (7) ont d'abord affirmé le principe de bonne foi et/ou de loyauté dans l'exécution des contrats, interdisant au cocontractant administratif de se prévaloir, après avoir signé un contrat, des défauts dans les conditions de sa conclusion.

Recours des tiers - Ouvrant un recours direct contre les contrats, les arrêts *Tropic Travaux* (8) et *Département de Tarn-et-Garonne* (9) ont dans le même temps strictement encadré ces mêmes recours :

- dans le temps d'abord, en fixant un délai de recours au-delà duquel les parties sont assurées que le contrat ne peut plus être remis en question. Ce point est essentiel, car il autorise les parties à mettre en oeuvre une gestion du temps, pour différer des engagements irréversibles, notamment en matière de financement, à l'expiration des délais de recours ;

- par des conditions de recevabilité, à un double point de vue : seuls sont recevables à agir ceux qui y ont un intérêt direct ; seuls sont recevables les moyens faisant directement grief aux requérants.

Juge du contrat - Enfin, le juge du contrat succédant au juge de l'excès de pouvoir, sa palette est plus ouverte, et l'annulation n'est plus qu'une sanction ultime réservée aux irrégularités les plus graves, le juge pouvant autoriser la personne publique à régulariser les vices ayant affecté la conclusion (10), voire maintenir le contrat si celui-ci a été exécuté.

A propos du contrat de partenariat conclu par la ville de Bordeaux pour la construction de son nouveau stade de

football, le Conseil d'Etat a annulé la délibération approuvant le contrat au motif d'une insuffisance de l'information des conseillers municipaux sur le coût prévisionnel global de l'opération, affectant ainsi les conditions dans lesquelles le conseil municipal avait donné son autorisation à la signature du contrat. Le Conseil d'Etat invite cependant la ville à régulariser la signature du contrat par une nouvelle délibération du conseil municipal comportant les informations manquantes. Il rappelle à cette occasion que, dans la « hiérarchie » des conséquences que le juge doit tirer d'une irrégularité, la résolution est l'ultime sanction, réservée aux illégalités « d'une particulière gravité » (11).

Le paysage est donc clair : au nom du principe de loyauté contractuelle, les parties ne peuvent remettre en cause un contrat qu'elles ont signé et exécuté. Les tiers le peuvent, mais sous des conditions de délai et de recevabilité strictes.

Les conséquences de la fin anticipée d'un contrat en cas de résiliation ou d'annulation

Restait un champ d'incertitudes important, celui des conséquences de la fin anticipée d'un contrat en cas de résiliation ou d'annulation.

Résiliation du contrat par la personne publique - La résiliation anticipée peut être d'abord le fait de la personne publique, à raison du pouvoir qui lui est reconnu de rompre un contrat en cours d'exécution pour un motif d'intérêt général. Cette notion est entendue assez largement par la jurisprudence.

Ce pouvoir exorbitant se justifie par l'intérêt supérieur du service public et du bon usage des deniers publics. Il a pour contrepartie l'obligation d'indemniser le cocontractant de l'intégralité de son préjudice, y compris son manque à gagner.

Fin du contrat prononcée par le juge - Mais la fin anticipée d'un contrat peut venir du juge qui, selon les cas, peut en prononcer la résiliation, la résolution ou l'annulation.

Dans tous les cas, l'enjeu pour les parties est clair : comment prévoir et s'assurer contre les risques d'une cessation anticipée du contrat, et avec quel degré de sécurité ?

La question prend toute son importance pour des contrats de longue durée impliquant des investissements et des financements bancaires complexes. Comment au moment de la conclusion du contrat, de l'examen de sa bancabilité, apprécier le risque d'une résiliation anticipée ou d'une annulation du contrat ?

Clauses de résiliation anticipée - Certes, les contrats comportent le plus souvent des clauses spécifiques de résiliation anticipée. Mais il n'est pas rare que ces clauses renvoient aux « principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat » dont l'expérience montre qu'elle est, à tout le moins, évolutive sur une longue durée. En outre, ces clauses n'envisagent pas le cas d'une résiliation ou d'une annulation par le juge.

Biens de retour - Et c'est là que la jurisprudence vient récemment d'apporter des éclaircissements. La jurisprudence *Commune de Douai* (12) a d'abord tranché dans une logique économique intelligente et difficilement contestable la question de la répartition entre biens de retour, indispensables au service, et biens de reprise, seulement préemptables comme utiles, et de leur indemnisation en cas de résiliation anticipée. Le curseur est placé sur la valeur non amortie des biens de retour, ce qui est conforme à l'analyse à laquelle se livre un investisseur ou un prêteur au moment de son engagement.

Cette règle répond également à la logique de la collectivité : la valeur non amortie est bien la mesure de la valorisation dans son patrimoine du bien réalisé par son cocontractant au moment de la résiliation.

Sous-contrats - Ensuite, et même s'il s'autorise de quelques précédents, l'arrêt *Commune de Propriano* (13) - curieusement peu commenté - pose clairement le principe qu'une résiliation anticipée d'un contrat pour un motif d'intérêt général implique la substitution de la partie résiliante dans l'exécution des sous-contrats (14), sans d'ailleurs que ceux-ci changent de nature (il sera intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence sur ce dernier point, qui aboutit à ce que des contrats « normalement » ou apparemment publics demeurent des contrats de droit privé).

En conséquence, dans l'appréciation des effets d'une résiliation anticipée d'un contrat, la partie publique doit inclure dans son prisme les conséquences sur les sous-contrats : les frais de rupture anticipée des sous-contrats seront donc à la charge de la personne publique.

Clause réglant les effets de l'annulation

Le cas d'annulation du contrat soulève une question particulière qui s'expose simplement : l'annulation d'un contrat ayant pour effet son anéantissement avec effet rétroactif permet-elle néanmoins d'insérer utilement dans ledit contrat une clause d'indemnisation réglant les effets de l'annulation ? Une telle clause survit-elle à la mort du contrat présumé n'avoir jamais existé ?

Validation jurisprudentielle - Dans le doute, et de façon quelque peu artificielle, l'usage s'est répandu d'établir, en marge du contrat principal, principalement de concession ou de partenariat public-privé, une convention tripartite désignée « autonome » réglant les conséquences d'une éventuelle annulation. Il s'agit en clair d'aligner les conséquences d'une annulation sur celle d'une résiliation anticipée, par un acte extérieur au contrat principal susceptible d'annulation.

La question était bien sûr de savoir si un tel schéma serait jugé comme artificiel, autrement dit si le juge n'allait pas, comme il lui est arrivé de le faire, considérer l'ensemble comme un seul contrat, victime collatérale de l'annulation. Dans la suite de la cour administrative d'appel de Bordeaux, le Conseil d'Etat a validé cette pratique en acceptant de considérer la convention tripartite comme une convention autonome (15).

Validation législative - Après le juge, le législateur vient de consacrer le principe selon lequel une clause contractuelle régissant les effets d'une annulation, d'une résolution ou d'une résiliation anticipée du contrat reste applicable malgré l'annulation, la résolution ou la résiliation anticipée d'un tel contrat. Nichée au II de l'article 89 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et au III de l'article 56 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, une disposition prévoit en effet expressément qu'une telle clause « est réputée divisible des autres stipulations du contrat ».

« Réputée divisible » : deux mots chargés d'une portée juridique forte, et qui permettent aujourd'hui au contractant de l'administration de s'assurer contre les conséquences d'une annulation en toute sécurité.

Et bien que ces dispositions législatives ne régissent que certains contrats (marchés et concessions, qui sont tout de même l'essentiel de la commande publique), rien ne devrait s'opposer à ce que les parties insèrent valablement des clauses identiques dans d'autres types de contrat, tel un contrat d'occupation domaniale.

Tout n'est bien sûr pas permis

Le dol empêchera toujours un cocontractant d'obtenir l'indemnisation de son préjudice. La partie publique ne sera tenue pour l'exécution des sous-contrats que dans la mesure où ceux-ci ont été conclus pour la réalisation du service et n'ont pas été souscrits dans des conditions anormales. Le juge écartera enfin les clauses indemnitaires disproportionnées assimilables à des libéralités.

Ainsi la sphère contractuelle a-t-elle discrètement mais sûrement évolué d'une vision très administrative et légaliste à une vision plus économique donnant le primat à la sécurité juridique contractuelle, rapprochant encore, sans ignorer les contraintes propres du droit et des finances publiques, le droit public et le droit privé des contrats.

Cette évolution n'est sans doute pas achevée. Après la Cour de cassation (16), le juge administratif pourrait ainsi, dans le contentieux contractuel, introduire le principe de « l'estoppel » qui interdit à une partie au procès de se contredire au détriment d'une autre partie.

V. aussi sur le droit des contrats administratifs :

- O. Didriche, Les évolutions récentes des contrats administratifs, AJCT 2016. 132, dans le dossier « Contrat et collectivités ».
- S. Dyens, « Béziers... III » ? - Principe et limites du pouvoir de résiliation unilatérale dans les contrats entre personnes publiques, AJCT 2015. 268
- O. Didriche, Panorama des recours contentieux en matière de contrats publics - A la suite de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, AJCT 2014. 434
- S. Hul, Le juge de la résiliation et celui de la validité du contrat ne font qu'un, AJCT 2013. 571
- A. Burel, Contentieux contractuel : le rôle central de la convention entre les parties à l'épreuve des circonstances d'une éventuelle irrégularité, AJCT 2011. 129
- J.-D. Dreyfus, La poursuite de la modernisation de l'office du juge du contrat : la possibilité de demander la reprise des relations contractuelles, AJCT 2011. 291
- O. Didriche, Les conséquences de l'arrêt *Commune de Béziers* sur les contrats passés par les collectivités territoriales, AJCT 2010. 114

Mots clés :

COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRAT * Contrat administratif * Résiliation du contrat administratif * Annulation du contrat administratif * Sécurité juridique

(1) CE 24 mars 2006, n° 288460, *S^{té} KPMG, Société Ernst & Young Audit, Lebon* ; AJDA 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila ; *ibid.* 483, note F. Moderne.

(2) CE 3 oct. 2008, n° 305420, Lebon avec les concl. ; AJDA 2008. 1855 ; *ibid.* 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; *ibid.* 2374, étude P. Cassia ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta ; *ibid.* 1139, note P. Delvolvé.

(3) Pour une bonne illustration, v. TA Grenoble, ord., 4 nov. 2010, n° 1004488, *S^{té} Entreprise Léon Grosse* ; TA Grenoble, 3 mars 2016, n° 1100882.

(4) TA Grenoble, ord., 4 nov. 2010, n° 1004488, préc.

(5) TA Grenoble, 3 mars 2016, n° 1100882, préc.

(6) CE 28 déc. 2009, n° 304802, Lebon ; AJDA 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; RDI 2010. 265, obs. R. Noguellou ; AJCT 2010. 114, pratique O. Didriche ; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud.

(7) CE 21 mars 2011, n° 304806, Lebon ; AJDA 2011. 591 ; *ibid.* 670, chron. A. Lallet ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier ; AJCT 2011. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *ibid.* 518, note D. Pouyaud.

(8) CE 16 juill. 2007, n° 291545, Lebon ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud.

(9) CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Lebon ; AJDA 2014. 764 ; *ibid.* 1035 ; chron. A. Bretonneau et J. Lessi

📖 ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier 📖 ; AJCT 2014. 375 📖, obs. S. Dyens 📖 ; *ibid.* 380, interview S. Hul 📖 ; *ibid.* 434, pratique O. Didriche 📖 ; *ibid.* 2015. 32, Pratique S. Hul 📖 ; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta 📖 ; *ibid.* 438, note P. Delvolvé 📖.

(10) V., pour la régularisation du contrat de partenariat du stade de Bordeaux, CE 11 mai 2016, n° 383768, Lebon 📖 ; AJDA 2016. 924 📖 ; AJCT 2016. 391 📖.

(11) CE 11 mai 2016, n° 383768, préc.

(12) CE 21 déc. 2012, n° 342788, Lebon 📖 ; AJDA 2013. 7 📖 ; *ibid.* 457 📖, chron. X. Domino et A. Bretonneau 📖 ; *ibid.* 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre 📖 ; AJCT 2013. 91 📖, obs. O. Didriche 📖 ; RFDA 2013. 25, concl. B. Dacosta 📖 ; *ibid.* 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix 📖.

(13) CE 19 déc. 2014, n° 368294, Lebon 📖 ; AJDA 2014. 2503 📖 ; AJCT 2015. 209, obs. E. Lanzarone 📖.

(14) On appelle sous-contrats les contrats passés par le cocontractant privé pour la réalisation du contrat principal conclu avec l'autorité publique.

(15) CE 11 mai 2016, n° 383768, Lebon 📖 ; AJDA 2016. 924 📖 ; AJCT 2016. 391 📖, préc.

(16) Cass., ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, D. 2009. 1245 📖, note D. Houtcieff 📖 ; *ibid.* 723, obs. X. Delpech 📖 ; *ibid.* 2010. 169, obs. N. Fricero 📖 ; RTD civ. 2010. 459, étude N. Dupont 📖.