



La révolution discrète des contrats publics / privés

Romain Granjon

Avocat Associé et responsable du département « droit public »

Les révolutions sont parfois silencieuses.

En quelques années, par touches successives, le juge et le législateur, parfois aiguillonnés par l'imagination créatrice des avocats, ont radicalement modifié la donne en consacrant le primat au contrat et à la sécurité juridique contractuelle.

1 | A l'origine de l'évolution se trouve sans doute 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.

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⁽¹⁾, 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 indiquant à l'article L 551-2 du Code de justice administrative que l'intérêt général pouvait l'emporter sur des vices affectant une procédure de mise en concurrence.

2 | Il faut ensuite lire ensemble les jurisprudences Béziers I(2), et Béziers II(3), Tropic Travaux(4), et Département de Tarn et Garonne(5).

Il y a peu un contrat conclu et exécuté pendant 30 ans pouvait être taxé de nullité au motif de l'incompétence de son signataire, ou encore d'un défaut affectant les conditions de sa passation. 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, aléatoire – que de 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.

Les jurisprudences Béziers I et Béziers II 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 des conditions de sa conclusion.

Les jurisprudences Tropic et Département Tarn et Garonne ont ensuite limité l'intérêt à agir des requérants en même temps que le délai de contestation d'un contrat.

Il faut aujourd'hui justifier d'un intérêt direct, et agir dans un délai restreint.

Ce délai permet une gestion du temps, les parties étant assurées qu'au-delà de ces délais, le contrat ne pourra plus être remis en question.

On refait alors le lien avec la jurisprudence Béziers I et Béziers II : sauf vice très grave, aucun des cocontractants ne pourra plus invoquer la nullité du contrat.



REGARD CRITIQUE

Janvier 2017

ADAMAS
Avocats associés

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

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.

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 l'un ou l'autre 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 ?

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.

Et c'est là que le paysage vient récemment de se dégager.

La jurisprudence Commune de Douai(6), 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 des 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 du partenaire public : 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.

Ensuite, et même s'il s'autorise de quelques précédents, l'arrêt Commune de Propriano(7) - 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(8) 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).

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.



REGARD CRITIQUE

Janvier 2017

ADAMAS
Avocats associés

4 | 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 réglant les effets de l'annulation ? Une telle clause survit-elle à la mort du contrat présumé n'avoir jamais existé ?

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'agissait 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 collatéral de l'annulation.

Un arrêt de la CAA de Bordeaux du 17 juin 2014(9) a validé cette pratique, en acceptant de considérer la convention tripartite comme une convention autonome. Mais, non publiée au Lebon, cette référence demeurait fragile.

Succédant au 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.».

5 | Tout n'est bien sûr pas permis.

Le dol empêchera toujours un cocontractant d'obtenir l'indemnisation de son préjudice.

La partie administrative 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, et il en ira de même pour des clauses indemnitaires 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.

(1) CE Sect. 3 Octobre 2008, n° 305420

(2) CE Ass. 28 Décembre 2009, n° 304802

(3) CE Sect. 21 Mars 2001, n° 304806

(4) CE Ass. 16 Juillet 2007, n° 291545

(5) CE Ass. 4 Avril 2014 n° 358994

(6) CE Ass. 21 Décembre 2012, n° 342788

(7) CE Sect. 19 Décembre 2014, n° 368294

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

(9) CAA Bordeaux 17 Juin 2014, n° 13BX00564