

Christine Maugué, conseillère d'Etat*

LES CONTENTIEUX DE LA VALIDITE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

UDK / UDC: 351.712.028

DOI: 10.31141/zrpf.2025.62.156.293

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 28.1.2025.

Après les contentieux de la passation des contrats, il convient de parler des recours tendant à la remise en cause des contrats signés. En ce domaine, le paysage contentieux a été profondément rénové depuis les années 2000. Pour présenter les choses, il faut partir de la distinction entre les recours des tiers et les recours des parties au contrat.

1. LE RECOURS DES TIERS

a. La solution antérieure : un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable était seul possible, l'annulation de l'acte détachable était par elle-même dépourvue de répercussions sur le contrat.

Rappel de la jurisprudence Martin de 1905

Sa justification était de ne pas permettre à des tiers de venir perturber les contrats, considérés comme l'affaire des parties : l'annulation d'un acte détachable du contrat pouvait tout au plus conduire, si elle avait causé un préjudice à un tiers, à une réparation sous la forme du versement d'une indemnité

b. Un lien est progressivement apparu entre les deux avec les nouveaux pouvoirs dévolus au juge administratif pour assurer l'exécution de ses décisions :

Les nouveaux pouvoirs conférés au juge administratif par la loi du 8 février 1995 lui ont donné la possibilité d'adresser des injonctions quand l'exécution d'une décision implique nécessairement un comportement déterminé.

Cela a permis au juge administratif de contraindre les parties, dans certains cas, à mettre fin au contrat, alors même qu'il continuait à ne pouvoir annuler que les actes détachables des contrats.

cf la jurisprudence Société Ophrys de 2011 :

« L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé. Il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la

* Christine Maugué, conseillère d'Etat

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, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

Le juge de l'exécution pouvait soit ne jamais être saisi, soit être saisi très postérieurement à une annulation, ce qui était générateur d'une insécurité durable.

c. Très critiquée, la jurisprudence administrative a évolué vers l'admission progressive du recours des tiers contre les contrats de la commande publique

cf la jurisprudence Tropic Travaux en 2007, pour les concurrences évincés, puis la jurisprudence Tarn-et-Garonne en 2014, pour tous les tiers intéressés

a. Le recours des tiers contre le contrat est un recours de plein contentieux, et non un recours pour excès de pouvoir, ce qui a deux conséquences :

les requérants doivent se prévaloir d'un intérêt lésé suffisamment direct, sans que s'impose au juge la conception libérale de l'intérêt à agir qui caractérise le contentieux de l'excès de pouvoir ; les moyens invocables par les tiers doivent être directement en rapport avec leur intérêt lésé

le juge dispose de pouvoirs diversifiés qui rendent possible une adaptation du dispositif du jugement à la nature de l'illégalité : il n'y a pas de répercussion automatique des irrégularités sur le contrat, le juge prend en considération la gravité des vices et peut décider soit la poursuite du contrat telle quelle, soit inviter les parties à prendre des mesures de régularisation, soit décider que la poursuite du contrat n'est plus possible et en prononcer la résiliation ou l'annulation

« Saisi par un tiers, dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation

du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

le juge est toutefois tenu de soulever les moyens d'ordre public, tenant au caractère illicite du contrat ou à l'existence d'un vice d'une particulière gravité.

L'état actuel de la jurisprudence est donc qu'il y a une contestation possible des contrats par les tiers, mais avec des chances de succès limitées du fait, d'une part, du lien fait entre l'intérêt à agir des tiers et les moyens invocables et, d'autre part, de la palette des pouvoirs dont dispose le juge, qui a tendance à privilégier la poursuite des relations contractuelles

= l'annulation du contrat est une ultime solution et est en pratique rarissime.

exemple d'annulation d'un contrat, en présence de vices révélant une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ayant affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire : CE, 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte

Société concédante n'ayant justifié par aucun document probant que sa société-mère avait mis ses capacités et garanties à sa disposition, contrairement à ce qu'exigeait le règlement de la consultation.

Dossiers de demande de permis de construire, sur la base desquels les offres devaient être élaborées, établis par un cabinet d'architecture, maître d'œuvre de la commune concédante, ayant été, aux termes d'une prestation rémunérée, le conseil de la société concessionnaire, y compris pendant la phase de négociation des offres au cours de laquelle des permis de construire étaient encore en instruction.

Offre retenue comportant, en méconnaissance du règlement de consultation, un nombre très significatif de logements sociaux de certains types, pour lesquels les constructeurs bénéficiaient d'importantes subventions publiques et de taux d'emprunt privilégiés, qui étaient de nature à modifier nettement l'équilibre économique du contrat, et prévoyant une densité supplémentaire de 2 000 m² environ sur le site par rapport au projet présenté dans le document programme, soit une hausse à ce titre de 10 % de la surface, ainsi que 90 places supplémentaires de parking pour un nombre initialement prévu dans les documents de la consultation de 533.

Ces vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire. Par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, ils impliquent que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse, dès lors qu'une telle mesure ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. D'une part, en effet, l'annulation d'une concession d'aménagement n'a pas, par elle-même, pour

effet d'anéantir rétroactivement les actes passés pour son application. D'autre part, ni la circonstance que la concession soit arrivée à son terme en août 2017 et que les travaux prévus seraient achevés, qui n'est pas de nature à priver d'objet une mesure d'annulation et ne révèle par elle-même aucune atteinte à l'intérêt général, ni l'hypothèse qu'une indemnité serait due par la commune à la société concédante, dont le montant éventuel n'est étayé par aucune allégation sérieuse et qui ne pourra en tout état de cause s'apprécier que dans les conditions de droit commun, ne sont de nature à faire obstacle au prononcé de l'annulation du contrat.

b. le recours pour excès de pouvoir cesse d'être ouvert contre les actes détachables

L'abandon de cette théorie est justifié par les incertitudes qui s'y attachaient : il était devenu de plus en plus difficile de savoir si l'annulation de l'acte détachable allait entraîner celle du contrat.

d. Les particularités du déferé préfectoral

Le préfet est un tiers qui, compte tenu de la mission de gardien de la légalité que lui confie la Constitution elle-même, peut invoquer tout moyen.

Le juge conserve toutefois ses pouvoirs de modulation des conséquences des irrégularités, si bien que toute illégalité n'entraîne pas dans ce cas non plus l'annulation du contrat.

e. Le maintien de mécanismes spécifiques :

le recours contre les clauses réglementaires des contrats administratifs : la jurisprudence Cayzeele de 1996, qui permet à des tiers de faire un recours pour excès de pouvoir contre les clauses à caractère réglementaire, a été maintenue. Sa justification est que les clauses réglementaires ont une portée au-delà des parties et doivent pour cette raison pouvoir être plus largement contestées

< ex de clauses réglementaires : les clauses qui, dans les contrats de concessions, définissent les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public, y inclus le tarif des redevances perçues auprès des usagers

le recours contre les actes d'approbation de certains contrats : l'entrée en vigueur de certains contrats administratifs est subordonnée à un acte d'approbation ; un recours pour excès de pouvoir est ouvert aux tiers qui ont un intérêt auquel l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine ; seuls peuvent être invoqués des moyens tirés des vices propres à l'acte d'approbation. cf jurisprudence Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier de 2016

l'exercice par un contribuable des actions appartenant à une collectivité : possibilité pour un contribuable local de contraindre une commune à exercer une action en résolution du contrat si cette action présente un intérêt suffisant pour la commune et une chance de succès. cf CE, 1997, Carrière, n°182355.

2. LE RECOURS DES PARTIES

a. La solution antérieure : un recours en nullité trop automatique

Les parties pouvaient mettre en cause la validité d'un contrat par voie d'action ou par voie d'exception en défense à une action de l'autre partie.

L'action en nullité se caractérisait par un certain monolithisme : le juge du contrat constatait la nullité du contrat, censée être un état de l'acte et non une sanction de la violation de la légalité.

Une partie pouvait ainsi, après des années d'exécution du contrat, en invoquer l'illégalité pour se soustraire à ses obligations.

Il y avait quelque chose de choquant à ce que, à l'occasion d'un litige indemnitaire, le défendeur puisse échapper aussi facilement à ses obligations, sans la moindre considération pour les intérêts extérieurs au contrat qui sont consubstantiels au contrat administratif. Il était également paradoxal que cette nullité doive être prononcée d'office par le juge pour une infinité de causes, alors que les parties ne sont venues devant le juge que pour régler un litige indemnitaire mais avec la ferme intention de poursuivre leurs relations contractuelles.

b. Le nouvel équilibre : la jurisprudence Béziers I

Par l'arrêt Commune de Béziers de 2009, le Conseil d'Etat consacre l'idée selon laquelle la nullité d'un contrat est une sanction parmi d'autres prononcée par le juge (le terme « annulation » du contrat est préféré à celui de « nullité ») et renforce la sécurité des contrats en reconnaissant au juge un pouvoir de modulation de la sanction. Cela a mis fin à l'automatisme de la disparition du contrat.

La sécurité des contrats est entre autre confortée par une innovation : l'introduction de la notion de loyauté contractuelle.

La logique du raisonnement est assez proche de celle de l'arrêt Smirgeomes : une partie ne doit pas pouvoir invoquer une illégalité qui ne lui préjudicie pas ou dont elle a eu connaissance depuis l'origine. Ainsi lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il lui incombe en principe, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat.

La sanction de l'annulation est réservée aux cas du caractère illicite du contenu du contrat, au vice du consentement ou au vice d'une particulière gravité. En présence de telles illégalités, le juge doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

Le juge peut là encore soulever d'office ou une partie invoquer à tout moment un moyen d'ordre public.

Deux cas de figure sont possibles : le recours direct d'une partie contre le contrat ou l'invocation de l'illégalité du contrat par voie d'exception par une partie qui cherche à échapper à ses obligations pendant la période d'exécution du contrat.

« 1) Une partie à un contrat administratif peut saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux pour en contester la validité. a) Il revient à ce juge de vérifier que les irrégularités dont se prévaut cette partie sont de celles qu'elle peut, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. b) S'il constate une irrégularité, il doit en apprécier l'importance et les conséquences. Après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, il peut soit 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, soit 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 ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée 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, son annulation.

2) Lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée 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 doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel

3) Le juge du contrat, juge de plein contentieux saisi par une partie, peut relever d'office une irrégularité 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. Dans ce cas : 1) si le juge est saisi d'un recours en validité du contrat, il doit l'annuler si l'irrégularité est avérée ; 2) si le juge est saisi d'un litige d'exécution du contrat, il doit l'écarter et ne peut pas régler le litige sur le terrain contractuel »

Exemple d'annulation du contrat en raison de son objet illicite : cas lorsque le contrat révèle une renonciation à l'exercice d'une compétence (CE, 2012, SDIS du Nord, n°342843) ou limite contractuellement les pouvoirs de police ou aliène un bien du domaine public (CE, 2011, Communauté de communes du Queyras, n°340089).

Exemple de la jurisprudence sur le vice de consentement : dans l'arrêt Commune de Béziers, le Conseil d'Etat a jugé que le vice de compétence tenant à ce que le contrat a été signé avant la transmission de la délibération autorisant à le signer au contrôle de l'égalité est relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, mais sans être d'une particulière gravité. Justifient l'annulation des vices du consentement tels que l'erreur, le dol, la violence, ou les vices graves affectant la compétence, comme le défaut d'approbation par l'organe délibérant (CE, 2019, Société Plastic Omnium, n°420776).

En principe les illégalités affectant la procédure de passation ne sont pas des vices graves.

3. CONCLUSION

La jurisprudence est parvenue à un nouvel équilibre des recours tendant à remettre en cause la validité des contrats.

Il y a par ailleurs place pour des recours indemnitaires des tiers comme des parties en cas d'illégalité ou en raison d'un comportement fautif de la personne publique.