

AJDA

AJDA 2010 p. 142

Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ?

Sophie-Justine Liéber, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Damien Botteghi, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de documentation

Avec la décision *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009 (n° 304802, à publier au Lebon ) , l'office du juge du contrat administratif continue sa mue et s'éloigne d'un cadre issu de principes définis plusieurs décennies plus tôt. La décision qu'a prise l'assemblée du contentieux nous semble mettre fin à l'approche presque rudimentaire de la fonction du juge du contrat et, en même temps, à ce que l'on doit bien appeler la défiance envers le procédé contractuel, vu comme un moyen secondaire d'action de l'administration, qui a longtemps habité le juge administratif.

Est en effet reconnue au juge du contrat une mission qui s'accorde enfin à son titre : juger dans le cadre du contrat, expression d'une volonté commune des parties - c'est-à-dire juger, en tant que juge de pleine juridiction, avec des pouvoirs différenciés, qui ne se borne pas à tirer une nullité de toute irrégularité et prend en compte la loyauté des parties et l'intérêt général. En une formule, reprise des conclusions inspirées d'Emmanuel Glaser - qu'il faut saluer comme les dernières -, il était devenu impératif de redéfinir l'office du juge du contrat qui, jusqu'à présent et très paradoxalement, méconnaissait le caractère à la fois contractuel et administratif du contrat administratif.

La décision ôte ainsi au juge du contrat les habits du juge vétilleux de la légalité objective dont le raisonnement était enfermé dans une alternative (légalité ou nullité) caractérisant davantage l'office classique du juge de l'excès de pouvoir que celui du juge de plein contentieux. Cette confusion, on le verra, trouvait des justifications historiques ; elle n'était pourtant, depuis longtemps à vrai dire, plus justifiable. Le Conseil d'Etat avait déjà franchi quelques pas, parfois importants, pour éviter l'automatisme de la nullité en cas d'illégalité. Avec *Commune de Béziers*, plus question de pas supplémentaire : le cadre est si profondément renouvelé que le juge du contrat qui se dessine est une figure neuve - mais pas totalement inconnue depuis la décision *Société Tropic travaux signalisation* (CE ass. 16 juill. 2007, n° 291545, Lebon 360  ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher  ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas , p. 917, étude F. Moderne , p. 923, note D. Pouyaud  et p. 935, étude M. Canedo-Paris  ; D. 2007. Jur. 2500, note D. Capitant ). Il va falloir suivre de près les premières expressions de ce nouveau juge.

Il s'agit, chacun l'aura compris, d'une décision d'une grande importance. Et elle pourrait être polémique tant elle revient sur des principes fermement établis et est appelée à changer la pratique en profondeur. Et pourtant, elle semble aujourd'hui relever de l'évidence, ce que suggère la parfaite concordance, à un détail de précaution près, de la décision et des conclusions. Il faut croire qu'après l'avancée intellectuelle majeure que constitue la décision *Société Tropic travaux signalisation*, les esprits étaient mûrs pour ce changement, que nous croyons en pratique plus radical.

Donner au contrat administratif un régime juridique adapté à sa nature

L'assemblée du contentieux avait à connaître d'un arrêt de cour qui avait appliqué, dans le cadre d'un contentieux indemnitaire lié à l'exécution d'une convention signée entre deux communes, les principes posés par un avis de section du 10 juin 1996 (*Préfet de la Côte-d'Or*, n° 176873, Lebon 198  ; D. 1997. Jur. 45, note F.-P. Benoît  ; RFDA 1997. 83, note J.-C. Douence ). Les juges du fond avaient déclaré la convention nulle et écarté, en conséquence, l'application du contrat pour régler le litige. Le motif de la nullité était l'absence de

transmission préalable au contrôle de légalité des délibérations autorisant les maires de ces communes à signer la convention. Cette absence de transmission était en effet considérée, depuis l'avis de 1996, comme entraînant l'illégalité du contrat. Cette illégalité devait être retenue comme affectant de nullité le contrat, lequel était par suite réputé n'avoir jamais existé. Il ne pouvait donc servir de cadre de règlement du litige indemnitaire. La cour écartait donc le contrat et se plaçait, à l'initiative des parties, sur les terrains quasi délictuel (la faute) et quasi contractuel (l'enrichissement sans cause).

Le pourvoi invitait à revoir cette solution, qui tirait d'un vice, certes pendable, mais souvent véniel, des conséquences d'une grande rigueur, puisque le contrat est frappé de nullité et écarté pour résoudre le litige, pourtant né de l'exécution de ce contrat. La décision commentée fait davantage : elle redéfinit entièrement l'office du juge du contrat et inscrit dans ce nouveau cadre la solution dans le cas spécifique d'une absence de transmission préalable de délibérations d'une collectivité territoriale au contrôle de légalité.

Les nouveaux habits du juge du contrat, saisi de sa validité

La nullité d'un contrat, ou d'une clause du contrat, peut surgir, soit dans le cadre d'une contestation directe de la validité du contrat par une partie, soit à l'occasion d'un contentieux relatif à son exécution (la nullité est alors constatée par exception, afin de déterminer le cadre d'exécution du litige). La décision s'attache, dans un esprit pédagogique, à distinguer les deux voies de droit. La première est pourtant un contentieux rare, les contentieux en exécution étant de loin les plus nombreux. Mais, si les conséquences sont bien plus graves en cas de recours direct en validité, le cadre intellectuel est commun, de sorte que l'on peut expliquer les règles ensemble, même si elles s'appliqueront à des stades particuliers en fonction de la saisine du juge du contrat.

Jusqu'à présent, la plupart des illégalités, ainsi que l'a montré de manière très complète le rapporteur public, étaient de nature à entraîner la nullité du contrat. Il concluait ainsi, après en avoir brossé un tableau coloré, à « l'infinie variété des irrégularités susceptibles d'entacher le contrat administratif » qui sont « en principe d'ordre public ». La nullité était en effet considérée comme la sanction normale lorsqu'une des conditions de validité du contrat n'était pas remplie. Dans ce cas, comme le dit la formule consacrée, un contrat frappé de nullité est considéré comme n'ayant « pu faire naître des obligations entre les parties » (v., par ex., CE 28 juill. 2000, *Jacquier*, n° 202792 ). La fiction juridique voulait même que le juge ne décide pas d'une nullité, mais la « constate ». La nullité était un état ; on parlait donc de déclaration de nullité, et non d'annulation alors même qu'il s'agissait bien d'une opération de même nature que celle d'un juge de l'excès de pouvoir qui, annulant une décision unilatérale, efface les effets de cette dernière rétroactivement.

La décision commentée - qui, à dessein, n'emploie jamais le terme de « nullité » - doit selon nous être considérée comme ayant abandonné cette fiction de la révélation et de la déclaration de nullité. La résolution d'un contrat, plutôt que d'être la conséquence mécanique d'une nullité constatée par un juge, est bien une annulation, c'est-à-dire une sanction décidée par le juge du contrat s'il constate une méconnaissance grave d'une règle. Ce changement d'optique repose sur l'idée que la résolution du contrat n'est pas la décision normale d'un juge saisi de la validité d'un contrat ; c'est uniquement un des pouvoirs dont le juge dispose, qui ne se résumait plus au seul constat de nullité et qui, en outre, dépendait de la nature des irrégularités en cause.

En effet, la première innovation est l'accent prioritaire donné à « l'exigence de loyauté des relations contractuelles ». La première tâche du nouveau juge du contrat est en effet de « vérifier que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent [...] invoquer devant lui », avant même d'apprécier « l'importance et les conséquences » des irrégularités qu'il constate. Il faut voir le retour (du principe *nemo auditur* (1) en droit des contrats) car -, comme le souligne le rapporteur public (v. les décisions qu'il cite, antérieures à l'arrêt, CE sect. 13 juill. 1961 *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics*, n° 47355, Lebon 473), il s'agit d'un retour aux sources. Ce principe y trouve naturellement sa place puisqu'il s'agit d'un

contentieux subjectif et que le principe de bonne foi est au fondement du régime contractuel (art. 1134 C. civ.).

Une fois cette première étape passée, s'il existe une irrégularité dont une partie peut légitimement se prévaloir, il revient au juge de déterminer la réponse adéquate en fonction de l'irrégularité commise. C'est sur ce point que le changement est le plus net, le juge du contrat devant être animé par le souci d'arbitrer des volontés opposées plutôt que de contrôler la légalité objective. Le système existant était en effet paradoxal, car il conduisait le juge du contrat, parfois à aller au-delà du commun accord des parties, d'autres fois à permettre à une partie de se défaire entièrement de ses obligations contractuelles au prix d'une simple illégalité, qu'elle avait même pu organiser volontairement à l'insu de son partenaire.

En outre, selon les principes traditionnels, l'exécution d'un contrat était interrompue, alors même que celle-ci pouvait être essentielle à un service public ou à une activité d'intérêt général. Sur ce point, cependant, la jurisprudence avait déjà affaibli le caractère mécanique de la nullité. Depuis l'arrêt *Institut de recherche pour le développement* (CE 10 déc. 2003, n° 248950, Lebon 501 , concl. D. Piveteau ; AJDA 2004. 394, note J.-D. Dreyfus , le juge de l'exécution saisi par un tiers, en application des jurisprudences *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »*, (CE 1^{er} oct. 1993, n° 54660, Lebon T. 971  ; AJDA 1993. 810 , concl. M. Pochard) et surtout *Epoux Lopez* (CE sect. 7 oct. 1994, n° 124244, Lebon 430  ; AJDA 1994. 914, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl  ; RFDA 1997. 353, concl. R. Schwartz , d'une demande d'enjoindre à une partie de saisir le juge du contrat pour constater sa nullité à la suite de l'annulation d'un acte détachable, n'est pas tenu d'y faire droit. Il doit en effet « prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché » et « vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ». Bref, l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité du contrat (v. également le considérant très clair de la décision CE 19 déc. 2007, *SIAEP du Confolentais*, n° 291487, Lebon T. 939-943-1007  ; AJDA 2008. 15 .

Une diversification de l'office du juge du contrat était ainsi engagée (quoiqu'en pratique de peu d'effet, les observateurs ayant noté la grande réticence des juges du fond à faire usage de ces pouvoirs et à ne pas frapper le contrat de nullité, ou à l'écarter en cas de contentieux d'exécution, à la moindre irrégularité). Et elle était nécessaire dès lors que le pont établi par *Epoux Lopez* entre l'annulation d'un acte détachable et l'action en nullité du contrat pouvait avoir des effets dévastateurs, d'autant plus qu'en principe une irrégularité des conditions de validité du contrat conduisait à la nullité. Dans ce cadre, la décision *Institut de recherche pour le développement* insufflait de la stabilité et rééquilibrait l'édifice.

C'était surtout, sur le plan intellectuel, une étape décisive. Une fois sautée la barrière de l'automatisme irrégularité-nullité, le temps pouvait venir d'une réflexion encore plus large sur les pouvoirs du juge. C'est ce à quoi *Commune de Béziers* s'attelle, en faisant de la résolution du contrat - la « nullité » d'avant - une solution parmi celles à envisager par le juge du contrat lorsqu'il constate une illégalité ou une irrégularité, avec comme objectif principal la stabilité de la relation contractuelle. On reconnaîtra là le principe de l'éventail qui préside déjà à l'action du juge *Tropic travaux* en cas de contestation de la validité d'un contrat par un concurrent lésé, avec cependant des différences sur lesquelles nous reviendrons.

On peut identifier quatre degrés de solution, par ordre croissant de gravité :

- la première solution est d'autoriser la poursuite en l'état des relations contractuelles, malgré une irrégularité, si la nature de cette dernière n'est pas décisive au regard du contrat ou si la stabilité du contrat doit primer ;

- la deuxième solution est d'autoriser la poursuite de l'exécution du contrat après que des mesures de régularisation ont été prises par la personne publique ou convenues entre les parties ; cette solution semble, si l'on suit le rapporteur public, à encourager : le juge doit s'engager dans cette voie amiable et conciliatrice, à laquelle il n'est pas encore assez habitué mais qui correspond à son office ;

- la troisième solution est la résiliation du contrat, c'est-à-dire qu'il ne pourra plus produire d'effets de droit à l'avenir ; à ce stade, cependant, le juge doit se décider après avoir mis en balance la gravité de l'irrégularité à sanctionner et les effets sur l'intérêt général, auquel il ne doit pas être porté « une atteinte excessive » ; enfin, la résiliation n'a pas nécessairement d'effet immédiat, le juge pouvant lui donner un effet différé, dans la logique de la décision *Association AC !* (CE 11 mai 2004, n° 255886, Lebon 197  ; RFDA 2004. 454, concl. C. Devys  ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ) ;

- la dernière solution au litige, la plus grave et normalement la plus rare, est la résolution du contrat, ou, si elle est divisible, d'une clause particulière du contrat, à effet rétroactif ; dans ce cas, le contrat ou la clause est considéré(e) comme dénué(e) depuis l'origine d'effet de droit et n'a donc jamais pu être la loi des parties (ce sont les effets d'une nullité).

Ce dernier point mérite un commentaire plus détaillé, car il est le seul où existe entre les conclusions et la décision une nuance. Elle est en apparence bien mince, car elle ne tient qu'à l'adverbe « notamment ». Elle n'en est pas moins importante en pratique. Conclusions comme décision s'accordent à limiter les cas de résolution à deux motifs : le caractère illicite du contenu du contrat (cause illicite, objet du contrat illégal, notamment) ou l'existence d'un vice d'une particulière gravité. Sont ainsi uniquement couvertes des situations dans lesquelles le juge du contrat serait nécessairement conduit, s'il faisait application du contrat, à mettre en oeuvre des stipulations illicites ; l'office du juge du contrat ne peut évidemment aller aussi loin. Pour le rapporteur public, un vice d'une particulière gravité est essentiellement, voire seulement, un cas d'incompétence grave, compte tenu de son importance. La décision est plus précautionneuse et ne fait de ce dernier cas - les conditions du consentement des parties - qu'une illustration de ce qu'est un « vice d'une particulière gravité ». La catégorie n'est donc pas fermée et il y a place pour une appréciation au cas par cas du juge. C'est assurément une précaution, mais qui n'est pas que rhétorique ; les premières applications de la décision, qui arriveront très vite, devraient assez vite montrer la diversité concrète des situations.

On notera que la décision ne mentionne pas comme vice d'une particulière gravité une irrégularité qui entacherait la procédure de passation du contrat. Cette exclusion n'est sûrement pas fortuite. On peut donc se demander quel traitement sera réservé à une telle irrégularité. Une exclusion totale des irrégularités de procédure serait une inversion majeure de la pratique. La raison en serait au fond simple, et profondément liée à la mission même du juge du contrat : de telles irrégularités font préjudice aux tiers, qui ont accès au juge selon des voies spécifiques pour faire sanctionner des irrégularités. Outre le référé précontractuel des articles L. 551-1 à L. 551-12 du code de justice administrative, il existe désormais le référé contractuel, institué par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, et qui figure maintenant aux articles L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative.

Certains aspects des pouvoirs du juge du contrat gagneront à être éclaircis à l'avenir. S'agissant notamment de la résiliation du contrat par le juge, la question qui reste encore ouverte, nous semble-t-il, est de savoir si cette résiliation donnera lieu à des indemnités de la part du cocontractant aux torts duquel la résiliation sera décidée. Actuellement, la compensation financière est certaine en cas de résiliation contractuelle, généralement décidée par l'administration cocontractante. Mais elle ne l'est plus quand la résiliation est juridictionnelle, quoique rien ne paraisse s'opposer à un traitement équivalent. Il est souhaitable qu'à l'occasion, la jurisprudence éclaire la pratique.

Les nouveaux habits du juge du contrat saisi d'un litige d'exécution du contrat

Comme nous l'avons dit, en pratique, peu de contentieux appelleront l'application de la grille entière présentée ci-dessus, qui ne vaut que lorsqu'un juge est saisi d'une action directe en validité du contrat. La majeure partie des litiges dont connaîtra le juge du contrat seront des litiges en exécution, où les parties sollicitent « l'arbitrage » du juge sur le terrain contractuel sans qu'il soit question de régulariser, résilier ou annuler le contrat. Mais le nouvel office du juge de la validité du contrat, qui fait de l'annulation l'exception, modifie évidemment l'office

du juge de l'exécution du contrat. La logique de l'automaticité de la nullité, pour des causes très diverses, conduisait jusqu'à présent le juge à demeurer par exception sur le terrain contractuel en cas d'irrégularité pour se placer, une fois le contrat déclaré nul, au besoin d'office, sur le terrain quasi délictuel ou quasi contractuel. La faute du cocontractant et l'enrichissement sans cause étaient, dans les faits, les terrains essentiels de résolution de conflits qui trouvaient pourtant leur origine dans l'exécution d'un contrat et alors même que les parties n'étaient pas désireuses de se défaire de leur relation contractuelle.

Désormais, la perspective est renversée : le juge du contrat saisi par les parties doit normalement exercer son office dans le cadre du contrat et donc faire primer la responsabilité contractuelle. C'est logique dès lors que, la nullité (ou : l'annulation) devenant l'exception, le terrain contractuel doit être le cadre normal d'exercice du juge du contrat confronté à un litige d'exécution. Il en sortira par exception, lorsque l'un des deux motifs justifiant la résolution du contrat - « caractère illicite du contrat » ou « vice d'une particulière gravité, notamment [lié] aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement » - pourra être identifié.

Et seuls ces derniers motifs peuvent être soulevés d'office par le juge. Jusqu'à présent, la jurisprudence tendait au contraire à considérer que tous les moyens relatifs à une irrégularité du contrat, quelle qu'en soit la cause, étaient d'ordre public et que toute irrégularité conduisait à la nullité du contrat (à de rares exceptions). L'enchaînement était d'une grande rigueur, d'autant plus qu'il a été récemment jugé qu'un juge constatant la nullité de certaines clauses d'un contrat devait s'interroger d'office sur la divisibilité de ces clauses ; si tel n'est pas le cas, le contrat devait être frappé de nullité en son entier (CE 19 déc. 2007, *Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement*, n° 260327, Lebon T. 945 , concl. N. Boulouis ; AJDA 2008. 419, note M. Dreifuss ). Par conséquent, le caractère divisible ou non d'une stipulation d'un contrat n'était pas une question de recevabilité du recours, puisqu'elle relevait de l'office du juge devant décider de la portée d'une annulation qu'il prononce (CE 1^{er} juill. 2009, *Compagnie des transports de La Roche-sur-Yon*, n° 306756, à publier au Lebon  ; AJDA 2009. 1951, note J.-D. Dreyfus .

Ces mouvements induits par le juge à partir des conclusions des parties pouvaient conduire à modifier à la fois la nature du litige - de contractuel à quasi contractuel ou quasi délictuel - et même les termes du litige - en mettant le juge dans une position où il n'était pas loin de statuer *ultra petita*. La décision *Commune de Béziers* inverse la tendance, et la limite même. Elle ne remet certes pas en cause la décision *Compagnie des transports de La Roche-sur-Yon*, la question de la divisibilité relevant encore de l'office du juge confronté à une irrégularité justifiant l'annulation du contrat, et non d'une question de recevabilité comme cela peut être le cas en excès de pouvoir. La logique de la décision *Société Sogeparc* n'est pas non plus frontalement remise en cause : face à une irrégularité, il appartient au juge du contrat de s'interroger d'office sur la divisibilité du contrat afin de décider du champ de l'annulation. En revanche, la logique qui sous-tend cette décision, selon laquelle toute nullité d'un contrat est d'ordre public, est remise en cause : seuls sont d'ordre public les deux motifs de nature à justifier l'annulation d'un contrat. L'enchaînement de *Société Sogeparc* sera donc plus limité et moins implacable, grâce à la réduction du champ des nullités absolues, et ainsi des moyens que le juge du contrat peut relever d'office, qui est l'autre grande vertu de *Commune de Béziers*. Il faut en effet saluer l'alignement du champ des illégalités d'ordre public conduisant à une nullité à la fois sur celui des moyens d'ordre public en excès de pouvoir (champ d'application de la loi et incompétence) et celui, restrictif, des nullités absolues en droit civil.

Le cas particulier du vice tiré d'un défaut de transmission préalable au contrôle de légalité

Comme nous l'avons dit précédemment, le litige s'était noué sur un cas d'application de l'avis *Préfet de la Côte-d'Or* qui frappe d'illégalité un contrat signé alors que la délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité autorisant l'exécutif à signer le contrat n'a pas été transmise aux services préfectoraux. C'est sur ce fondement que la cour d'appel avait, dans le cadre d'un litige en exécution, écarté le contrat et statué sur un terrain extracontractuel.

Le retard de transmission est assurément une illégalité et donc un vice affectant les conditions

dans lesquelles le consentement de la personne publique a été exprimé. Mais, dans le cadre de l'approche restrictive du nouvel office du juge du contrat, seul un vice d'une particulière gravité peut justifier que le contrat soit annulé ou écarté s'il s'agit d'un litige en exécution. Or il est difficile de considérer que le défaut de transmission de la décision est d'une gravité suffisante. L'accord a bien été donné par l'assemblée délibérante ; l'exécutif n'a pas agi incompétamment. Ce qui n'a pas été respecté est, à vrai dire, une obligation accessoire, que le rapporteur public qualifiait de « secondaire ».

Il ne faut évidemment pas comprendre, croyons-nous, que le renversement de l'avis *Préfet de la Côte-d'Or*, très critiqué au demeurant en doctrine, signifie que le Conseil d'Etat n'accorde pas (ou plus) au déféré préfectoral l'importance qui lui revient, et qu'il est nécessaire de conserver. Ce qu'il faut voir, c'est que depuis cet avis, le panorama a changé, les voies sont plus diverses. La nullité du contrat en cas de retard de transmission de la délibération à fin de contrôle de légalité était alors la seule voie permettant de faire contrôler par un juge sa méconnaissance. Cette remarque vaut également pour la question même de l'étendue des pouvoirs du juge. Si pendant longtemps le juge du contrat a été le juge de la légalité du contrat davantage que le juge des parties, c'est parce que c'était la seule voie par laquelle un juge pouvait connaître de ce contrat. Comme l'a souligné le rapporteur public, la jurisprudence classique, très exigeante, « est née et s'est développée dans un contexte jurisprudentiel où le contentieux contractuel entre les parties était le seul cadre dans lequel pouvait être appréciée la régularité du contrat et des conditions de passation ». Mais ce temps est révolu.

Restent à éclaircir les conséquences de ce vice, dès lors qu'il n'entraîne plus la nullité. La question se pose notamment de savoir dans quelle mesure une régularisation est possible. L'avis de 1996 l'interdisait : « Les décisions [de signer les contrats ne peuvent] être régularisées ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal ». Que ferait-on maintenant ? A minima, une régularisation pour l'avenir, afin d'assurer la continuité des relations contractuelles, nous semble envisageable. Mais la régularisation peut-elle être rétroactive ? Il faut noter qu'elle a été acceptée dans le cas où l'exécutif avait contracté au nom de la commune sans y avoir été autorisé par une délibération expresse du conseil municipal, situation bien évidemment illégale (v., not., CE 20 déc. 1963, *Commune de Battigny*, Lebon T. 831). Et, quoique peut être débattue la question de savoir si le refus très net de l'avis de *Préfet de la Côte-d'Or* de toute régularisation postérieure en cas de défaut de transmission au contrôle de légalité valait également en cas de défaut d'habilitation à signer et aurait donc invalidé la jurisprudence *Commune de Battigny*, le principe d'une validation rétroactive semble avoir été repris par une décision très récente (CE 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble*, n° 296964, à publier aux tables  ; AJDA 2009. 1522 ). La question du bien-fondé d'un tel choix est certes posée, une telle rétroactivité étant critiquable. Il nous semble toutefois qu'un raisonnement du même ordre pourrait être conduit dans la circonstance qui nous occupe. Sauf à considérer, ce qui était peut-être le sens de la jurisprudence, que la validation ou la ratification pose moins de difficulté quand il s'agit d'une autorisation de l'assemblée de la collectivité que quand il est question d'un retard de transmission, compte tenu de l'importance de cette dernière obligation... Ici encore, la jurisprudence future devra nous éclairer.

Quelle place pour ce nouveau juge du contrat ?

Ce qui frappe évidemment, après cette présentation des prérogatives du juge du contrat sollicité par les parties, c'est leur similitude d'esprit avec celles dont dispose le juge saisi sur le fondement de *Tropic travaux signalisation*. La logique qui anime *Commune de Béziers* d'une adaptation et d'une modulation des pouvoirs du juge à la nature des illégalités commises est identique et les ressemblances sont frappantes. Il revient aux deux juges de la validité du contrat, saisis par les parties ou par un tiers, d'apprécier les conséquences de l'illégalité pour décider de : a) la poursuite de l'exécution du contrat, après d'éventuelles régularisations ; b) la résiliation du contrat ; c) l'annulation totale ou partielle du contrat, sous réserve d'une balance au regard de l'intérêt général et du droit des cocontractants, au besoin avec effet différé.

Cependant, si la décision *Commune de Béziers* est l'héritière intellectuelle de *Société Tropic*

travaux signalisation, elle s'en distingue sur quelques points.

En premier lieu, l'exigence de loyauté des relations contractuelles joue un rôle essentiel devant le juge du contrat quand il est saisi par les parties, mais non par des concurrents évincés. Dans le premier cas, l'appréciation de la loyauté agit sur la recevabilité d'un moyen d'irrégularité. On peine à trouver les raisons de l'exclusion d'un contrôle de même nature dans le second cas et une évolution nous semble pouvoir être envisagée - notons d'ailleurs que le principe de loyauté, quoiqu'il ne soit pas désigné ainsi, intervient également pour un tiers, dans la jurisprudence *Smirgeomes* précitée.

En deuxième lieu, les mesures de régularisation dont peut décider le juge pour assurer la continuité d'exécution du contrat peuvent, si le juge a été saisi par un concurrent évincé, être entreprises par la « collectivité cocontractante », alors qu'elles peuvent être prises, si le juge a été sollicité par les parties, non seulement par la personne publique mais également « convenues entre les parties ». Sur ce point, on est tenté de croire que la seconde possibilité ouverte par la décision commentée serait acceptée par un juge saisi sur le fondement de *Tropic travaux signalisation* même si elle n'est pas précisée dans le considérant de principe de la décision, car on ne voit guère d'obstacle à ce que cette pratique soit également acceptée dans les deux cas.

En dernier lieu, et c'est le plus important, *Commune de Béziers* n'accepte pas, à la différence de *Tropic travaux signalisation*, que le juge du contrat confronté à des irrégularités importantes puisse modifier certaines de ses clauses plutôt que de le résilier. Cette possibilité, exorbitante du droit des contrats, était à vrai dire étonnante : il est très particulier qu'un juge puisse modifier un accord de volontés auquel il est extérieur. Nous croyons que sa suppression montre le caractère exceptionnel de cette faculté, et même peut-être son caractère injustifié.

Au-delà de ces différences ponctuelles de pouvoirs - et du fait que, formellement, ce sont des régimes définis séparément - force est de reconnaître que ces deux jurisprudences dessinent une même figure : un juge de la validité du contrat disposant des pouvoirs, larges et adaptés, de la pleine juridiction. Qu'il puisse être saisi par un concurrent évincé tiers au contrat ou par une partie n'a, hormis des incidences procédurales (délai de saisine de deux mois pour les concurrents évincés), d'effet que sur l'étendue des pouvoirs dont il dispose. La logique de son intervention est de même nature. Cette évolution semble donc donner raison à Philippe Terneyre qui, dans sa contribution au rapport du Conseil d'Etat de 2008 (*Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ?*, p. 383) considérait que « ce nouveau recours en annulation [*Tropic travaux*] constitue une percée théorique décisive dans le droit du contentieux des contrats administratifs dont on peut penser qu'elle annonce, à terme, un bouleversement encore plus radical et, paradoxalement, une simplification des recours autour du juge du contrat, juge de pleine juridiction » (p. 386).

Nous ne saurions dire si le mot « simplification » est le plus indiqué, le tableau des différentes voies de recours contre un contrat, qu'elles soient d'origine légale ou jurisprudentielle, restant prolix et d'une approche difficile (v. la présentation des figures du juge pouvant connaître d'un contrat dans les conclusions d'E. Glaser ou dans l'article précité de P. Terneyre). Mais le mouvement de redéfinition est clairement enclenché, même si ce n'est pas le « grand soir » souhaité par Philippe Terneyre, avouant trouver « plus simple de tout réserver au seul juge de pleine juridiction qu'est le juge du contrat [...], ce dernier pouvant alors faire varier l'ouverture de son prétoire et la qualification des conclusions en fonction de la qualité et des intérêts des requérants » (p. 388). Pourtant, c'est bien dans cette voie que *Commune de Béziers* s'engage, quoique la décision ne soit pas sous-tendue par une approche systématique. Mais « *Never say never* » titraient nos prédécesseurs commentant l'évolution, attendue depuis des décennies, que constituait *Société Tropic travaux signalisation* (AJDA 2007. 1577, préc.). C'est inspiré par ce courageux adage que nous inviterons nos lecteurs à observer les suites de l'évolution de l'office du juge du contrat que *Commune de Béziers*, encore davantage que *Tropic travaux*, enclenche.

Mots clés :

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Pouvoir du juge * Jugement * Juge du contrat * Office
CONTRAT ADMINISTRATIF * Formation * Irrégularité * Conséquences * Pouvoirs du juge du contrat

(1) Pour être précis : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*