

Jurisprudence

Office du juge saisi d'un contrat signé par le maire avant transmission au préfet de la délibération l'y autorisant

Conseil d'Etat
Assemblée

28-12-2009
n° 304802

Sommaire :

L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge saisi par une partie au contrat doive, soit l'annuler s'il est saisi de sa validité, soit l'écarter pour régler un litige d'exécution sur un terrain non contractuel.

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.

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.

Le juge, saisi par une partie à un contrat administratif d'un recours de plein contentieux pour

en contester la validité, doit 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

Texte intégral :

Conseil d'Etat Assemblée 28-12-2009 N° 304802

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 16 avril et 13 juin 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE BEZIERS, représentée par son maire ; la COMMUNE DE BEZIERS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 12 février 2007 de la cour administrative d'appel de Marseille, en tant qu'après avoir annulé le jugement du tribunal administratif de Montpellier du 25 mars 2005, il rejette sa demande tendant à ce que la commune de Villeneuve-lès-Béziers soit condamnée à lui verser une indemnité de 591 103,78 €, au titre des sommes que cette commune aurait dû lui verser en application des clauses d'une convention signée le 10 octobre 1986 ainsi que 45 374,70 € au titre des dommages et intérêts ;

2°) réglant l'affaire au fond dans cette mesure, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Villeneuve-lès-Béziers la somme de 5 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Xavier Domino, Auditeur,

- les observations de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la COMMUNE DE BEZIERS et de Me Odent, avocat de la commune de Villeneuve-les-Béziers,

- les conclusions de M. Emmanuel Glaser, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la COMMUNE DE BEZIERS et à Me Odent, avocat de la commune de Villeneuve-les-Béziers.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un syndicat intercommunal à vocation multiple qu'elles avaient créé à cette fin, les communes de BEZIERS et de Villeneuve-lès-Béziers ont mené à bien une opération d'extension d'une zone industrielle intégralement située sur le territoire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ; que, par une convention signée par leurs deux maires le 10 octobre 1986, ces collectivités sont convenues que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verserait à la COMMUNE DE BEZIERS une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle, afin de tenir compte de la diminution de recettes entraînée par la relocalisation, dans la zone industrielle ainsi créée, d'entreprises jusqu'ici implantées sur le territoire de la COMMUNE DE BEZIERS ; que, par lettre du 22 mars 1996, le maire de Villeneuve-lès-Béziers a informé le maire de BEZIERS de son intention de résilier cette convention à compter du 1er septembre 1996 ; que, par un jugement du 25 mars 2005, le tribunal administratif de Montpellier, saisi par la COMMUNE DE BEZIERS, a rejeté sa demande tendant à ce que la commune de Villeneuve-lès-Béziers soit condamnée à lui verser une

indemnité de 591 103,78 € au titre des sommes non versées depuis la résiliation de la convention, ainsi qu'une somme de 45 374,70 € au titre des dommages et intérêts ; que, par un arrêt du 13 juin 2007, contre lequel la COMMUNE DE BEZIERS se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Marseille a, après avoir annulé pour irrégularité le jugement du tribunal administratif de Montpellier, jugé que la convention du 10 octobre 1986 devait être « déclarée nulle » et rejeté la demande de la COMMUNE DE BEZIERS ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié 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 ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de 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 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, 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 ;

Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent 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 ; que, 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 ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 2-I de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, désormais codifiées à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans le département » ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ;

Considérant, dès lors, qu'en jugeant que la convention conclue le 10 octobre 1986 entre les communes de Villeneuve-lès-Béziers et de Béziers devait être « déclarée nulle » au seul motif que les délibérations du 29 septembre 1986 et du 3 octobre 1986 autorisant les maires de ces communes à la signer n'avaient été transmises à la sous-préfecture que le 16 octobre 1986 et qu'une telle circonstance faisait obstacle à ce que les stipulations du contrat soient invoquées dans le cadre du litige dont elle était saisie, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ; que, par suite, la COMMUNE DE BEZIERS est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la COMMUNE DE BEZIERS, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la commune de Villeneuve-lès-Béziers demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de Villeneuve-lès-Béziers une

somme de 3 000 € à verser à la COMMUNE DE BEZIERS ;

Décide :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 12 février 2007 est annulé en tant qu'il rejette la demande de la COMMUNE DE BEZIERS.

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure devant la cour administrative d'appel de Marseille.

Article 3 : La commune de Villeneuve-lès-Béziers versera à la COMMUNE DE BEZIERS la somme de 3 000 au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Villeneuve-lès-Béziers au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE BEZIERS et à la commune de Villeneuve-lès-Béziers.

Copie en sera transmise pour information au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat.

Délibéré dans la séance du 11 décembre 2009 où siégeaient : M. Jean-Marc Sauvé, vice-président, président ; M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux ; M. Yves Robineau, Mme Yannick Moreau, Mme Marie-Dominique Hagelsteen, M. Pierre-François Racine, M. Michel Pinault, M. Olivier Schrameck, présidents de section ; M. Philippe Martin, M. Serge Daël, M. Christian Vigouroux, présidents adjoints de la section du contentieux, M. Jacques Arrighi de Casanova, M. Edmond Honorat, Mme Sylvie Hubac, M. Alain Ménéménis, M. Rémy Schwartz, présidents de sous-section et M. Xavier Domino, auditeur-rapporteur.

Lu en séance publique le 28 décembre 2009.

Publié au Recueil Lebon.

Jurisprudence citée : Ab. jur. Section, avis, 10 juin 1996, Préfet de la Côte d'Or, nos 176873 176874 176875, p. 198.

Rappr., s'agissant de la prise en compte de l'intérêt général avant de décider d'une résiliation du contrat litigieux, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, n° 248950, p. 501 ; s'agissant des différents pouvoirs dont le juge du contrat dispose, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, p. 360.

Ab. jur., en ce qui concerne le caractère d'ordre public de toute nullité, 19 décembre 2007, Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement, n° 260327, T. p. 945.

Rappr., pour l'obligation similaire incombant au juge des référés précontractuels, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes), n° 305420, p. 324.

Conclusions du rapporteur public

CCG1

(*) Dans cette affaire, M. Emmanuel Glaser a prononcé les conclusions suivantes :

« La question des pouvoirs du juge dans le plein contentieux contractuel est une des plus délicates qui soient, à raison des diversités de solutions qui sont admises selon le type de contrat, de l'ambiguïté des expressions employées et de la confusion que peut y ajouter

l'admission du recours pour excès de pouvoir dans certaines hypothèses » (A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, 1984 p. 1003).

La présente affaire est l'occasion pour vous de clarifier et de préciser l'étendue de ces pouvoirs.

En 1969, les communes de Béziers et Villeneuve-lès-Béziers ont créé un syndicat intercommunal à vocation multiple, dont l'objet était, pour l'essentiel, l'acquisition de terrains afin d'étendre une zone industrielle située sur le territoire de Villeneuve-lès-Béziers. Une telle extension devait profiter principalement à cette dernière commune, puisqu'elle bénéficierait alors de la taxe professionnelle versée par les entreprises installées dans la zone industrielle. Afin de compenser cet avantage, les deux communes conclurent, le 10 octobre 1986, une convention aux termes de laquelle Villeneuve-lès-Béziers s'engageait, notamment, à reverser à Béziers une fraction de la taxe professionnelle perçue sur les entreprises installées dans la zone, comme le permet l'article 11 de la loi n° 80-10 du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale. Cette fraction était égale, aux termes de l'article 2 de la convention, à 15 % de la taxe professionnelle pour les entreprises déjà installées au 1er janvier 1986 et pour les entreprises nouvelles extérieures à Béziers et à 50 % de cette taxe pour celles s'y transférant depuis Béziers après cette date.

L'article 1er stipulait que la convention était conclue « pour une durée illimitée ». Cette durée a, toutefois, dû paraître trop longue à la commune de Villeneuve-lès-Béziers qui décida de résilier la convention à compter du 1er septembre 1996. Après divers échanges de courriers, la commune de Béziers saisit, en octobre 1999, le tribunal administratif de Montpellier d'une demande tendant à la condamnation de la commune de Villeneuve-lès-Béziers à lui verser une somme de quelque 3, 8 MF au titre de la non exécution de la convention. En défense, celle-ci souleva, toutefois, une exception de nullité de la convention fondée sur la méconnaissance de votre avis de Section *Préfet de la Côte d'Or* (CE, avis, Section, 10 juin 1996, p. 198 ; D. 1997. 45, note F.-P. Bénait ; *ibid.* 1996. 269, chron. N. Van Tuong ; *ibid.* 1997. 113, obs. P. Terneyre ; RDI 1996. 562, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; RFDA 1997. 83, note J.-C. Douence, JCP G n° 40, 1967 note M.-C. Rouault, CMP avril 2004 p. 4 note E. Colson).

Il se trouve, en effet, que les conseils municipaux des communes de Béziers et de Villeneuve-lès-Béziers avaient autorisé leur maire respectif à signer la convention par délibérations du 29 septembre 1986 pour la première et du 3 octobre 1986 pour la seconde, lesquelles n'avaient été reçues en préfecture au titre du contrôle de légalité que le 16 octobre 1986, soit six jours après la signature de la convention.

Faisant droit à cette exception, le tribunal administratif, par jugement du 25 mars 2005, déclara la convention nulle, écarta tout enrichissement sans cause de la commune de Béziers et rejeta, en conséquence, sa demande indemnitaire. Par un arrêt du 12 février 2007, la cour administrative d'appel de Marseille, après avoir annulé le jugement pour une omission de statuer, confirma sur le fond la déclaration de nullité de la convention, écarta l'existence d'un contrat verbal et rejeta la demande indemnitaire aussi bien sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle que sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle.

Le pourvoi en cassation de la commune de Béziers, qui vous demande, pour l'essentiel, de revenir sur votre avis *Préfet de la Côte d'Or*, vous conduit, en réalité, à vous interroger plus fondamentalement sur votre office de juge du contrat, ce qui justifie que cette affaire ait été portée directement devant votre formation de jugement.

1. Précisons d'emblée de quel juge du contrat nous parlons ici, car ce juge s'est démultiplié dans les années récentes.

Celui qui est en cause dans la présente affaire est uniquement le juge des parties au contrat, qu'il soit saisi directement par l'une de ces parties d'une action en nullité dirigée contre le contrat ou l'une de ses stipulations ou d'une action indemnitaire à l'occasion de l'exécution du contrat.

Le présent litige ne concerne, toutefois, pas ce même juge des parties au contrat en tant qu'il peut, ou ne peut pas, être saisi d'un recours en nullité d'une mesure d'exécution du contrat, et notamment de la décision de résilier ce contrat.

Le présent litige ne porte pas non plus sur le juge du référé précontractuel, tel qu'il est prévu aujourd'hui par les articles L. 551-1 à L. 551-12 du code de justice administrative (CJA) (section 1 du chapitre I du titre V du livre V), ou sur le nouveau juge du référé contractuel institué par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, tel qu'il figure aux articles L. 551-13 à 23 (Section 2 du même chapitre) du CJA, ou encore sur le juge de plein contentieux statuant dans le cadre du recours d'un tiers contre le contrat sur le fondement de votre jurisprudence *Tropic travaux* (Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, p. 360 ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling ; D. 2007. 2500, note D. Capitant ; GAJA, 17e éd. 2009. n° 117 ; GACA, 2e éd. 2009. n° 69 ; Mélanges Genevois 2008. 977, étude B. Seiller ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar, RDP 2007.1383 note F. Melleray, BJCP 54/2007 p. 704 note C. M., R. S. et Ph. T., RLC oct-nov. 2007.43 note G. Clamour).

Il ne porte, évidemment, pas non plus sur le juge de l'excès de pouvoir saisi, en application de votre jurisprudence *Martin* (4 août 1905, *Martin*, p. 749 ; GAJA, 17e éd. 2009. n° 15 avec conclusions Romieu, D. 1907.3.49 conclusions Romieu, RD publ. 1906.249 note Jèze, S. 1906.3.49 note Hauriou), d'un recours dirigé contre un acte détachable du contrat ni sur le juge de l'exécution saisi à la suite de l'annulation de cet acte (1er octobre 1993, *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »*, T. p. 971 ; AJDA 1993. 810, concl. M. Pochard ; RFDA 1994. 248, note B. Pacteau ; 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, p. 501 ; AJDA 2004. 394, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2004. 296, obs. J.-D. Dreyfus, BJCP 33/2004 p. 136 conclusions D. Piveteau, note R. S. ; 19 décembre 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais*, T. p. 939 ; AJDA 2008. 15, BJCP 57/2008 p. 123 conclusions N. Boulouis, note R. S.).

Pour autant, ces différentes figures du juge du contrat ne peuvent et ne doivent pas rester étanches les unes vis-à-vis des autres et nous aurons l'occasion de souligner à quel point ce que vous avez déjà décidé dans ces autres cadres est de nature à influencer la solution que vous donnerez au présent litige.

2. Quel est, donc, l'office de ce juge lorsqu'il se trouve mis en présence d'une irrégularité entachant le contrat ?

En l'état actuel de la jurisprudence, il est, pour l'essentiel, tenu de constater, par voie d'action comme par voie d'exception, la nullité du contrat. Comme le disent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « la sanction normale des conditions de validité du contrat est la nullité dont le contrat se trouve frappé lorsqu'une de ces conditions fait défaut » (op. cité, Tome 1, n° 541).

Traditionnellement, il était, d'ailleurs, le seul à pouvoir le faire, c'est-à-dire le seul à pouvoir faire disparaître rétroactivement si ce n'est le contrat du moins ses effets (nous n'insisterons pas sur cette différence entre le recours en nullité et le recours pour excès de pouvoir qui fait, lui, purement et simplement disparaître l'acte attaqué de l'ordonnement juridique, si ne n'est pour souligner, comme l'essentiel de la doctrine et nombre de nos prédécesseurs, qu'elle est de peu de portée pratique), puisque ni le cocontractant ni même l'administration ne peuvent prononcer la nullité du contrat (une telle possibilité existait, par exception, pour les contrats de fonction publique (5 mars 1954, *Demoiselle Soulier*, p. 139, Rev. jur. et pol. de l'Union fr. 1954.624 conclusions Jacomet, arrêt qui se contente de rejeter le recours indemnitaire de l'intéressée contre la décision de l'administration déclarant son contrat nul au motif que cette mesure ne lui a causé aucun préjudice et 23 février 1966, *Mlle Brillé*, p. 142 ; 2 avril 1971, *Tlatli Salah Eddine*, T. p. 923).

Vous admettez, tout au plus, que la nullité du contrat puisse être constatée par les parties d'un commun accord (Assemblée, 16 avril 1986, *Roujansky*, p. 113, RDP 1986.847 conclusions O. Dutheillet de Lamothé, AJDA 1986.284 chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre, RFDA 1987.2 note P. Delvolvé et F. Moderne, D. 1987.97 note F. Llorens).

En outre, selon une jurisprudence aussi ancienne que constante, seules les parties au contrat pouvaient demander son annulation, cette voie étant fermée aux tiers, que ce soit sous la forme du recours pour excès de pouvoir (5 avril 1940, *Sieurs Gay, Vistel et autres*, p. 136 ; Section, 30 juin 1944, *Sieur Pazery*, p. 185 ; 11 janvier 1961, *Sieurs Barbaro et de la Marnière*, p. 25 ; Assemblée, 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de Télévision*, p. 96 ; 8 mars 1985, *Association Les amis de la terre*, p. 73, RFDA 1985.363 conclusions P.-A. Jeanneney ; 18 février 2009, *Association Comité CSG*, n° 295233, à mentionner aux Tables ; AJDA 2009. 343) ou de l'action en nullité (Section, 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, p. 76 ; Section, 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, p. 22, AJDA 1979.37 conclusions R. Denoix de Saint-Marc, déclarant irrecevable tant le recours pour excès de pouvoir que l'action en nullité d'un tiers à la convention ; 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, T. p. 638, 671 et 1132 ; RFDA 1997. 349, note P. Delvolvé, mais sur un autre point).

Le seul tempérament à cette règle est que vous autorisez, si les conditions sont réunies, le contribuable à exercer au nom de la commune l'action en nullité contre le contrat (Section, 29 novembre 1929, *Sieurs Chatelot et autres*, p. 1049 ; 29 décembre 2000, *Comparat*, p. 658, BJCP 2001.337 conclusions P. Fombour ; 30 avril 1997, *Carrière et autres*, n° 182355) ou contre l'une de ses stipulations (1er juillet 2009, *Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon*, n° 306756 ; AJDA 2009. 1343 ; *ibid.* 1951, note J.-D. Dreyfus, BJCP 66/2009 p. 411 conclusions A. Courrèges).

Cette fermeture du prétoire et le fait que les parties à un contrat ont rarement intérêt, pour des raisons sur lesquelles nous allons revenir, à faire purement et simplement déclarer leur contrat nul expliquent la rareté des actions en nullité (Section, 19 janvier 1934, *Ville de Noeux-les-Mines*, p. 99 ; Section, 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, précitée ; Section, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, p. 680 ; 29 janvier 1947, *Michaux*, p. 35, RDP 1948.82 note Theis ; Section, 4 mai 1990, *Compagnie industrielle maritime*, p. 113 ; AJDA 1990. 735, obs. J.-B. Auby ; RDI 1990. 353, obs. Y. Gaudemet et D. Labetoulle ; RFDA 1990. 591, concl. M. de Guillenchmidt ; 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, p. 573 ; AJDA 2001. 101, et les obs. ; *ibid.* 219, étude L. Richer ; RDI 2001. 156, obs. F. Llorens ; RTD com. 2001. 417, obs. G. Orsoni, CJEG 2001.148 comm. P. Subra de Biesses).

Mais, l'irrégularité du contrat peut également être soulevée dans le cadre d'une action indemnitaire engagée par l'une des parties devant le juge du contrat, en règle générale par le défendeur à l'action, pour échapper à ses obligations contractuelles. La jurisprudence en la matière est évidemment beaucoup plus abondante.

Or, en droit administratif, les irrégularités qui peuvent entacher le contrat sont extrêmement nombreuses, alors que n'existent pas les obstacles à la déclaration de nullité que connaît, dans une certaine mesure, le droit privé. Ce dernier distingue, en effet, les nullités absolues et les nullités relatives, qui diffèrent à la fois par leur nature et par leur régime. Par leur nature, puisque les nullités absolues ont pour objet de protéger l'intérêt général, alors que les nullités relatives visent à protéger les intérêts particuliers des cocontractants. Ne sont, donc, en principe, frappés de nullité absolue que les contrats contraires, par leur objet ou par leur cause, à l'ordre public politique ou économique ou la méconnaissance d'une condition de forme dont la loi a fait une condition de validité du contrat (il est vrai que la jurisprudence hésite sur la classification de certaines nullités, comme l'absence de cause entendue comme absence de contrepartie ou l'inobservation de certaines règles de forme, V. notamment, C. Larroumet, *Droit civil, Tome III, Les obligations. Le contrat*, 1ère partie Conditions de formation, *Economica*, 2007, p. 533 et suivantes). Par leur régime, qui découle de cette

nature, puisque tout intéressé est admis à invoquer la nullité absolue, alors que « la faculté de se prévaloir de la nullité relative est réservée à la personne dans l'intérêt de laquelle celle-ci est édictée » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations, Tome 1. L'acte juridique, Sirey, 2008, p. 287). En conséquence, avant la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008, la nullité absolue ne se prescrivait que par trente ans, alors que la prescription quinquennale s'appliquait à la nullité relative. Enfin, la nullité relative est insusceptible de confirmation, à l'inverse de la nullité absolue, la personne à laquelle est reconnue le droit de critique pouvant parfaitement renoncer à ce droit qui n'est institué que dans son propre intérêt.

Nous ne référons pas, ici, la remarquable étude d'ensemble de ces irrégularités que l'on trouve dans la thèse de Mme Pouyaud, La nullité des contrats administratifs (LGDJ 1991, première partie), qui reste largement actuelle.

Qu'il nous soit seulement permis d'en présenter rapidement les principales catégories.

2.1. On trouve, en premier lieu, les irrégularités entachant le contrat lui-même.

Il peut, d'abord, être dépourvu de cause (V. sur ce point : F. Lombard, La cause dans le contrat administratif, Dalloz, 2008), ce qui signifie que, au moment de sa conclusion, il « ne pouvait permettre d'atteindre le résultat que les parties ou l'une d'entre elles avait en vue en le souscrivant. Il s'agit là d'une lacune congénitale, si l'on peut parler ainsi de l'absence d'un élément constitutif du contrat », selon la définition donnée par le Commissaire du Gouvernement Theis dans ses conclusions sur la décision *Michaux* (29 janvier 1947, p. 35, RDP 1948.78 conclusions Theis, note Waline, écartant l'absence de cause, ou 12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, p. 428, la retenant ; 26 septembre 2007, *Office public départemental des HLM du Gard*, T. p. 942 ; AJDA 2008. 575, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *ibid.* 2007. 1851, BJCP 55/07 p. 462 conclusions N. Boulouis). Il peut également porter sur une cause illicite (14 février 1890, *Roussey c/ commune de Longeville et sieurs Receveur et Welty*, p. 178 avec conclusions Jagerschmidt ; 25 novembre 1921, *Société « Les savonneries Henri Olive »*, p. 977, RDP 1922.107 conclusions Rivet ; 15 février 2008, *Commune de La Londe-les-Maures*, n° 279045, à mentionner aux Tables ; AJDA 2008. 327 ; *ibid.* 575, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, BJCP 58/2008 p. 216 et RJEP 8-9/08 p. 10 conclusions B. Dacosta, écartant l'illicéité de la cause ; 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, p. 54 ; AJDA 2008. 382 ; *ibid.* 575, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, BJCL 4/08 p. 269 conclusions M. Guyomar).

Il peut, ensuite, porter sur une matière sur laquelle l'administration n'est pas en droit de contracter, soit par nature, la police administrative notamment, puisque selon le professeur Moreau les pouvoirs de police sont « réfractaires à la technique contractuelle » (Assemblée, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, p. 595, DP. 1932.3.26 conclusions Josse et J. Moreau « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », AJDA 1965.3) ou la matière fiscale hors pénalités (24 mars 1956, *Société Etablissements Motte et Porisse*, p. 143, AJDA 1956.422 obs. R. Drago ; 28 juin 1961, *Compagnie générale*, p. 443), soit parce que la loi a prévu l'édition d'actes unilatéraux (Section, 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, précitée ; 8 mars 1985, *Association Les amis de la terre*, précitée ou, sous le régime de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur le régime des prix : Section, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, p. 181, AJDA 1973.323 conclusions Braibant, note Ch. L. Vier). On peut rattacher à cette catégorie le contrat conclu par une personne publique dont la compétence est limitée, établissement public ou collectivité territoriale, en dehors du champ de cette compétence.

Le contrat peut, enfin, avoir un objet qui, sans être illicite, méconnaît des règles qui s'imposent à lui, par exemple en prévoyant des travaux de construction contraires à la réglementation d'urbanisme (1er octobre 1993, *Société « Le Yacht-club International de Bormes-les-Mimosas »*, précitée) ou contenir des stipulations directement contraires à l'ordre public, « exorbitantes du droit administratif » selon la formule des professeurs E. Fatome et J. Moreau, par exemple des clauses renonçant au pouvoir de résiliation et prévoyant la

constitution d'un droit réel sur le domaine public, qui méconnaissent les principes de la domanialité publique et les nécessités du fonctionnement du service public (6 mai 1985, *Association Eurolat*, p. 141, RFDA 1986.21 conclusions B. Genevois, AJDA 1985.620 note E. Fatôme et J. Moreau), une clause de tacite reconduction qui méconnaît les principes de la commande publique (29 novembre 2000, *Commune de Païta*, précitée) ou encore une clause réglementaire d'un cahier des charges d'une concession de distribution d'eau qui présente un caractère abusif au sens du code de la consommation (Section, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, p. 348 avec conclusions C. Bergeal ; AJDA 2001. 857 ; *ibid.* 853, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *ibid.* 893, note G. J. Guglielmi ; D. 2001. 000 ; *ibid.* 2810, chron. J. Amar ; RTD civ. 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002. 51, obs. G. Orsoni).

2.2. On trouve, en deuxième lieu, les irrégularités entachant les conditions dans lesquelles la personne publique a conclu le contrat.

Cette catégorie est particulièrement vaste, le droit administratif ayant transposé la théorie civiliste des vices du consentement (Y. Weber « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs » in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, L'unité du droit, Economica 1996, p. 315 ; B. Plessix « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », RFDA 2006 p. 12), tout en y ajoutant des vices propres au droit administratif, puisque vous censurez rigoureusement toutes les irrégularités touchant de près ou de loin à la compétence du signataire du contrat.

Il est vrai que, s'agissant, d'abord, des vices du consentement, l'on souligne en général que les cas de censure d'un contrat administratif sur ce terrain sont rares dans votre jurisprudence, mais ils existent et ce depuis l'origine.

Il en va ainsi du dol, c'est-à-dire des manœuvres qui ont été de nature à tromper le cocontractant (F. Moderne « Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats administratifs », CJEG 2001 p. 91). On trouve ainsi un arrêt de 1806 qui annule un arrêté d'une chambre des comptes prévoyant la location de terrains au profit d'un individu qui avait utilisé de subterfuges et de subtilité au moment de l'aliénation (18 septembre 1806, *Collé*, Jurisprudence du Conseil d'Etat, T. 1 p. 4). Et vous distinguez le dol principal, lorsque les manœuvres dolosives ont entaché la décision même de contracter, et le dol incident, lorsque ces manœuvres ont conduit à contracter dans des conditions plus onéreuses (14 décembre 1923, *Société des Grands-Moulins de Corbeil*, p. 851). Certes, le plus souvent, le dol est écarté (19 février 1919, *Ville de Nanterre c/ Jaccaz*, p. 164 ; 21 mai 1926, *Ville de Honfleur*, p. 533 ; Section, 25 juillet 1947, *Soc. l'Alfa*, p. 344 ; 1er décembre 1976, *Berezowski*, p. 521, D. 1978.45 note L. Richer), mais pas toujours (19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, p. 507 ; AJDA 2008. 6 ; *ibid.* 814, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2008. 109, note F. Moderne, BJCP 56/2008 p. 54 note C. M. (on peut se demander, avec C. Maugué, si cette décision renonce à la distinction dol principal-dol incident, qui est critiquée en doctrine, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd. n° 210), s'agissant des marchés passés par la SNCF pour la construction de l'interconnexion entre le TGV Nord et le TGV Sud-Est).

On trouve même quelques décisions où vous examinez un moyen tiré de la violence, c'est-à-dire d'une menace intentionnelle illégitime, qui, par la crainte qu'elle a inspirée, a eu une influence déterminante sur la conclusion du contrat en privant le cocontractant de sa liberté, même si c'est toujours pour l'écarter (22 octobre 1810, *Bouvier*, Jurisprudence du Conseil d'Etat t. 1, p. 423 ; 15 janvier 1931, *Sieur Boyreau*, p. 49, s'agissant d'un contrat de fonction publique ; Section, 19 janvier 1945, *Société anonyme des avions G. Voisin*, p. 19).

Mais le vice du consentement le plus souvent invoqué, et retenu, est l'erreur, qu'elle ait porté sur la chose ou sur la personne, du moment qu'elle a présenté un caractère déterminant (Section, 9 décembre 1949, *Sieur Chamé*, p. 542 ; 26 avril 1950, *Domergue*, T. p. 813, pour une erreur sur la personne ou Section, 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnements*, p. 135, AJDA 1972.245 conclusions G. Guillaume, défaut d'accord des parties sur certaines des clauses essentielles du contrat ; Section, 13

octobre 1972, *Société anonyme de banque « Le crédit du Nord » c/ OPHLM du Calvados*, p. 630, contrat déclaré nul pour erreur commise sur l'une de ses qualités substantielles ; ou, écartant l'erreur, 28 décembre 1917, *Belmont*, p. 878, étalon nommé « Amoureux III » incapable d'assurer sa fonction de reproducteur ce qui ne constitue pas une erreur sur la substance dès lors que le contrat de vente prévoyait seulement l'obligation de livrer un étalon « droit et bien portant » ; 18 janvier 1922, *Commune de Beausoleil*, p. 42 ; 21 mai 1948, *Société coopérative ouvrière de production « Entreprises générales ouvrières rhodaniennes »*, T. p. 641, entrepreneur invoquant l'erreur dans l'établissement du prix par l'administration ; 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, p. 200 ; 1er décembre 1976, *Berezowski*, précitée ; 1er février 1980, *Office public communal d'habitations à loyer modéré de la ville de Brest c/ Société Lorientaise de bâtiments et de travaux publics*, p. 69, erreur de l'entreprise sur le prix lors de la soumission ; 30 mai 1980, *Société de la piscine de la dame Blanche*, p. 257, appréciation inexacte par le concessionnaire des recettes et des charges).

S'agissant, ensuite, des irrégularités de consentement propres au droit administratif, elles découlent principalement de l'application aux contrats de votre jurisprudence rigoureuse sur la compétence en matière d'actes unilatéraux.

Vous censurez, ainsi, l'incompétence du signataire du contrat, quelle qu'en soit la forme : défaut d'approbation par le ministre compétent (28 février 1947, *Société des Glacières de l'alimentation*, p. 85), autorité engageant des établissements qu'elle ne représentait pas (Section, 13 mai 1970, *Sieur Larue*, p. 331), absence ou irrégularité de la délégation de compétence (Section, 7 mai 1954, *Ministre des finances et des affaires économiques*, p. 257, incompétence du ministre des finances, la compétence ayant été transférée au ministre du budget ; Section, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, p. 473, AJDA 1961.458 conclusions P. Nicolaÿ, RDP 1962.535 note Waline et 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, p. 146, AJDA 1964.694 conclusions M. Combarrous, pour deux cas d'incompétence du préfet pour signer le marché, faute de délégation donnée par le ministre des travaux publics), délégation ne portant que sur la négociation et non sur la signature du contrat (3 août 1922, *Sieur Jovignot*, p. 701 ; 23 juin 1926, *Société des forges et ateliers La Fournaise*, p. 636. ; Section, 28 janvier 1977, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Heurtey*, p. 50 ; GACA, 2e éd. 2009. n° 51, AJDA 1977.394 conclusions M. Morisot) ou encore absence de délégation de signature (22 mai 1963, *Compagnie générale des pétroles français*, T. p. 926).

Cette jurisprudence est particulièrement sévère pour les collectivités territoriales dès lors que la compétence pour conclure le contrat y est partagée entre l'organe délibérant et l'exécutif. L'absence totale d'autorisation donnée par l'assemblée délibérante est évidemment une irrégularité (31 juillet 1992, *Société Barchetta*, p. 307 ; D. 1993. 200, obs. P. Terneyre). Il en va de même si le contrat signé par l'exécutif est différent de celui qui a été autorisé (19 octobre 1973, *Sieur Patris d'Uckermann et Association « Centre artistique et culturel Hebert-Uckermann »*, p. 576), si l'assemblée délibérante n'a pas bénéficié d'une information suffisante (Section, 23 avril 1997, *Ville de Caen c/ Paysant*, p. 158 ; AJDA 1997. 518, concl. V. Péresse ; RTD com. 1997. 639, obs. G. Orsoni, en l'espèce un conseiller municipal n'avait pas pu consulter lors de la séance du conseil municipal le texte des documents financiers annexés au projet de contrat ou 5 décembre 2005, *Ville de Pontoy*, p. 548 ; AJDA 2005. 2433 avec nos conclusions au JCP A 2006.1009) ou que les motifs réels de passation du contrat lui ont été dissimulés (1er octobre 1997, *Avrillier*, T. p. 700 ; AJDA 1997. 815 ; D. 1998. 1, note M. Dobkine, contrats qui étaient en réalité la contrepartie d'abus de biens sociaux).

Et, bien sûr, nous y reviendrons, la signature du contrat est entachée d'irrégularité si elle intervient avant que la délibération autorisant l'exécutif à y procéder ait été transmise au contrôle de légalité (Avis, Section, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, précité).

Enfin, le consentement de l'administration peut être irrégulier en raison de la méconnaissance de règles qui s'imposent spécifiquement à elle, tel le principe d'impartialité (Section, 2 décembre 1938, *Sieur Laily*, p. 905, pour le cas d'un marché passé par le directeur d'une

régie municipale avec lui-même comme entrepreneur ou Section, 16 décembre 1994, Commune d'Oulins c/ Association « Léo Lagrange Jeunesse et Tourisme », p. 559 ; AJDA 1995. 72 ; RDSS 1995. 572, obs. E. Alfandari, *Grands arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz 1999 n° 18, participation à la délibération autorisant la signature d'un bail locatif d'un conseiller intéressé à l'affaire au sens de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT)).

Or, vous ne tempérez cette rigueur ni par l'usage de la théorie du mandat apparent, comme le fait le juge civil, ni même par la transposition de la théorie du fonctionnaire de fait.

Le fondement de votre refus du mandat apparent a été parfaitement exprimé par le président Morisot dans ses conclusions sur la décision *Société Heurtey* : « le formalisme du droit administratif, et tout spécialement le caractère absolu des règles de compétence des autorités administratives, font obstacle à ce que votre jurisprudence puisse retenir des nuances de cette nature (...) la théorie du mandat apparent, utilisée par les civilistes pour protéger les droits des tiers, ne saurait être transposée dans le droit des marchés publics, lequel est dominé par un formalisme inconnu du droit civil ou commercial ».

Et vous n'avez jamais, à notre connaissance, envisagé de faire application de cette branche de la théorie du mandat apparent qu'est la théorie du fonctionnaire de fait, qui vous permet de valider les actes pris par une autorité irrégulièrement nommée (2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes et Sieur Bousquié*, p. 699 ; Assemblée, 7 janvier 1944, *Lecocq*, p. 5, RDP 1944.331, conclusions Léonard ; Section, 16 mai 2001, *Préfet de police c/ Ihsen Mtimet*, p. 234 ; AJDA 2001. 647 ; *ibid.* 643, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *ibid.* 672, note A. Legrand, pour une hypothèse, pourtant, particulièrement grave puisque était en cause le maintien en fonction d'un fonctionnaire au-delà de l'âge de la retraite, ce qui constitue un acte inexistant).

2.3. On trouve, enfin, les irrégularités entachant la procédure de choix du cocontractant de l'administration, lorsque celle-ci est encadrée.

La censure de telles irrégularités est ancienne, qu'il s'agisse de l'absence de mise en concurrence (Section, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, p. 334 ; 15 juillet 1959, *Sieur Vauzelle*, p. 466 et Section, 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et Demoiselle Moulinet*, p. 208, marchés de travaux passés sans adjudication) ou d'irrégularités dans la procédure (6 avril 1935, *Sieurs Marchesini et Simongiovanni*, p. 460, défaut de publicité ; 26 mars 1931, *Sieurs Helbling et Vary*, p. 377, caractère incomplet de cette publicité ; 10 juillet 1964, *Compagnie française des conduites d'eau*, p. 396, atteinte au caractère public de la séance d'ouverture des plis de l'adjudication ; 2 mai 1956, *SARL Entreprise de travaux publics routiers Robert Touzet*, p. 180, irrégularité de la composition de la commission d'adjudication ; 15 décembre 1954, *Sieur Melly*, p. 664, soumission à une adjudication retenue présentée sur papier non timbré).

Elle n'a fait que se multiplier avec la complexité croissante du droit de la commande publique (23 mai 1979, *Commune de Fontenay le Fleury*, p. 226, reconduction irrégulière par un avenant d'un marché sans mise en concurrence ; 8 décembre 1982, *Société Losfeld Industrie*, T. p. 666, marché conclu à prix provisoire alors qu'il aurait dû l'être à prix définitif ; 14 décembre 1988, *Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, T. p. 890 et 1003, LPA 7 juillet 1989 n° 81 p. 4 note F. Moderne, soumission irrégulière faite pour le mandataire du groupement d'avoir été dûment habilité ; 14 janvier 1998, *Conseil régional de la région Centre*, p. 7 ; RTD com. 1998. 584, obs. G. Orsoni, fractionnement d'un marché pour passer en dessous du seuil de la procédure négociée ; 28 juillet 2000, *M. Jacquier*, T. p. 1091 ; RDI 2000. 561, obs. F. Llorens, BJCP 13/2000 conclusions H. Savoie, emploi irrégulier d'une procédure négociée).

Le tableau que nous venons de dresser et qui, malgré sa longueur, est loin d'être complet montre l'infini variété des irrégularités susceptibles d'entacher le contrat administratif.

3. Or, la particularité de ce contentieux est que ces irrégularités sont, en principe, toutes

d'ordre public.

Vous jugez, en effet, que tous les moyens ayant trait à la nullité d'un contrat sont d'ordre public. Il en va ainsi de l'illégalité de son objet (11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, n° 296919, à publier au Rec. ; AJDA 2010. 634, note C. Rigambert ; *ibid.* 2009. 1016, BJCP 66/2009.399 conclusions B. Dacosta, note R. S, s'agissant d'un contrat prévoyant le financement par le cocontractant de missions de police) ou de l'illégalité des stipulations convenues (6 mai 1985, *Association Eurolat* ou 1er octobre 1993, *Société « Le Yacht-club International de Bormes-les-Mimosas »*, précitées), de l'incompétence de son signataire (Section, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics* ; Section, 28 janvier 1977, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Heurtey*, précitées), y compris lorsqu'elle résulte d'un défaut d'habilitation du maire faute de transmission au contrôle de légalité de la délibération du conseil municipal (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, p. 457 ; D. 2000. 288 ; RFDA 2001. 359, concl. H. Savoie, BJCP 14/2000 p. 54 observations Ph. Terneyre, RDP 2001.376 note C. Guettier, le moyen avait été soulevé pour la première fois en appel), voire du seul fait que le conseil municipal n'a pas été suffisamment informé de l'objet du contrat que sa délibération autorisait (11 septembre 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, p. 395 ; AJDA 2006. 2125, note J.-D. Dreyfus, BJCP 2006.465 conclusions D. Casas, note R. S. , D. A. février 2007 p. 26 note A. Ménéménis).

Sont même d'ordre public les irrégularités entachant la procédure de passation (Section, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin* et Section, 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et demoiselle Moulinet*, précitées ; Section, 29 janvier 1982, *Martin*, p. 44 ; 28 juillet 2000, *M. Jacquier*, précitée).

S'il a pu être soutenu que toutes les causes de nullité n'étaient pas d'ordre public (voir sur ce point la thèse de Mme Pouyaud, n° 711 et suivants), cette analyse nous paraît démentie par vos décisions, qui déduisent inmanquablement de l'irrégularité la nullité du contrat.

Vous avez, en outre, récemment étendu sensiblement la portée du caractère d'ordre public des irrégularités entachant le contrat. Vous avez, d'une part, jugé que, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient au juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat (19 décembre 2007, *Société Sogeparc-CGCT-Compagnie générale de stationnement*, T. p. 945 ; AJDA 2008. 16 ; *ibid.* 419, note M. Dreifuss, BJCP 57/2008 p. 118 conclusions N. Boulouis, note R. S., BJCL 2/08 p. 138 conclusions N. Boulouis, note M. Staub) et vous avez, d'autre part, admis qu'était recevable une action en nullité dirigée non contre le contrat dans son ensemble mais contre l'une de ses clauses seulement, alors même que cette clause était indivisible du reste du contrat, ce qui imposait au juge d'en tirer d'office les conséquences en déclarant au besoin le contrat nul, alors même que cela ne lui était pas demandé (1er juillet 2009, *Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon*, n° 306756, à publier au Rec. ; AJDA 2009. 1343 ; *ibid.* 1951, note J.-D. Dreyfus, BJCP 66/2009 p. 411 conclusions A. Courrèges, note R. S.).

Comme le dit M. Staub dans la note précitée : « en présence d'une exception de nullité, peu importe que le requérant ait choisi de ne combattre que des clauses bien définies du contrat. Le juge devra vérifier obligatoirement, le cas échéant de lui-même, par extension du moyen initial, si, en termes d'indivisibilité, il n'y a pas lieu à déclarer globalement illicite l'engagement contesté ».

Il faut, donc, souligner que la notion de moyen d'ordre public en matière contractuelle est très différente de ce qu'elle est en excès de pouvoir.

D'une part, elle inclut les irrégularités de procédure et la violation de la loi par les stipulations du contrat, ce qui lui donne une extension potentielle d'autant plus considérable que nous n'avons trouvé, malgré nos recherches, aucune décision où vous écartiez la nullité en raison du caractère véniel de l'irrégularité.

D'autre part, et surtout, dans le contentieux contractuel, le moyen d'ordre public a pour effet de bouleverser les conclusions mêmes des parties. Comme le notent les professeurs Terneyre et de Béchillon « contrairement à la dimension usuelle de l'ordre public en droit administratif, il ne s'agit pas seulement du pouvoir dévolu au juge de soulever d'office un moyen d'illégalité que les requérants n'auraient pas identifié, mais aussi, le cas échéant, de provoquer un changement de portée de la requête en mettant en jeu la survie juridique de l'acte là où ce n'était pas initialement prévu. Un nouveau système de conclusions peut ainsi se trouver mis en place » (Répertoire contentieux administratif Dalloz, Contentieux des contrats administratifs, n° 188).

4. Cette spécificité du contentieux contractuel est d'autant plus importante que la déclaration de nullité du contrat emporte des conséquences particulièrement radicales.

En principe, la nullité du contrat entraîne, comme nous l'avons indiqué, la disparition rétroactive de ses effets et interdit, par voie de conséquence, aux parties de s'en prévaloir de quelque façon que ce soit. Comme le disent vos décisions, un contrat nul ne peut faire naître ni droits ni obligations entre les parties (Section, 2 décembre 1938, *Sieur Laily* et Section, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, précitées), puisqu'il doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, précitée).

Les parties ne peuvent, donc, pas se prévaloir de ses stipulations (Section, 13 juillet 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies* ou 26 février 1964, *Entreprise Louis Segrette et ministre des Travaux Publics et des Transports c/ Entreprise Segrette*, précitées) et notamment pas des prix contractuels (Section, 2 décembre 1966, *Société « France Reconstructions-Plan »*, p. 635, dans un cas d'absence de contrat ; 18 décembre 1987, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris et M. Levron*, n° 57303, inédit au Rec., RDP 1988.1416 obs. F. Llorens). Elles ne peuvent pas non plus réclamer au juge l'exécution du contrat (Section, 13 octobre 1972, *Société anonyme de banque « Le crédit du Nord » c/ OPHLM du Calvados*, précitée), ni lui demander d'en prononcer la résiliation (6 mai 1985, *Association Eurolat*, précitée), d'annuler cette résiliation (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, précitée) ou de les indemniser du préjudice causé par cette résiliation (23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, précitée) (V., sur les effets de la nullité du contrat, notamment, F. Llorens, « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », CJEG 2002.571 ; A. Peri, « Le concept de nullité en droit des contrats administratifs », JCP A 2008. 28 ; C. Guettier, « L'anéantissement du contrat administratif », *Revue des contrats* 2008.81). Elles ne peuvent rechercher ni leur responsabilité contractuelle respective, alors même que sont en cause des prestations exécutées avant la déclaration de nullité (Section, 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet*, précitée), ni leur responsabilité post-contractuelle, la garantie décennale ne pouvant plus être invoquée (29 janvier 1982, *Martin*, p. 44).

En théorie, le contrat étant supposé n'avoir jamais produit d'effet, les parties sont tenues de remettre les choses en l'état, c'est-à-dire de restituer les prestations déjà effectuées, de procéder à une reconstitution matérielle et de rembourser les sommes perçues, lorsque cela est possible (12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, p. 428 ; 13 juillet 1968, *Stoskopf*, p. 460).

Bien évidemment, un tel retour en arrière n'est la plupart du temps pas envisageable. Les conséquences de la nullité du contrat ne peuvent, donc, se dénouer que financièrement.

Or, sur ce plan, les parties en sont réduites, si elles y pensent, à se placer sur le terrain quasi-contractuel et/ou quasi-délictuel. Par votre décision *Société Citécâble Est* précitée, vous avez certes facilité leur tâche en admettant que, lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, elles peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause ou de la faute consistant à avoir passé un contrat nul. Vous n'avez pas, pour autant, jugé que ces moyens étaient d'ordre public puisque votre décision écarte expressément cette qualification et exige des parties qu'elles fassent l'effort de changer de terrain, avec l'idée que les nouveaux

terrains que les parties sont ainsi autorisées à invoquer pour la première fois naissent, en réalité, de la décision du juge.

Mais, ce n'est là qu'un pis aller.

L'action *de in rem verso* n'est pour les parties qu'un pâle substitut de la responsabilité contractuelle. Vous en admettez le principe depuis une décision de 1889 (15 février 1889, *Lemaire c/ Fabrique de l'église de Rinck*, p. 225 (la phrase souvent citée de cette décision qui énoncerait « le principe de droit commun que nul ne peut s'enrichir au dépens d'autrui » ne figure pas dans ses motifs, mais dans l'analyse des moyens du requérant) et vous l'avez solennellement consacrée par votre décision de Section du 14 avril 1961, *Ministre de la reconstruction et du logement c/ Société Sud-Aviation* (p. 236, RDP 1961.655 conclusions Heumann), qui énonce que la demande indemnitaire de la société trouve « son fondement dans le principe de l'enrichissement sans cause, principe générale applicable, même sans texte, à la matière des travaux publics ». Mais cette action est triplement limitée pour le demandeur qui n'obtient une indemnité que sous le double plafond de son propre appauvrissement et de l'enrichissement du débiteur et sous la réserve de l'existence d'un lien entre les deux (Section, 14 octobre 1966, *Ministre de la construction c/ Ville de Bordeaux*, p. 537, RDP 1967.159 conclusions Galmot, AJDA 1967.I.160 chronique J.-P. Lecat et J. Massot). En l'absence d'enrichissement, l'action est nécessairement rejetée (30 janvier 1935, *Dames Blot et Devred*, p. 133 ou 29 mars 1944, *Hospices civils de Méru*, T. p. 432) et seules les dépenses utiles à la collectivité publique peuvent donner lieu à indemnisation, ce qui conduit fréquemment à un abattement (25 juillet 1939, *Association syndicale La voie verte*, p. 518 ; 5 juillet 1974, *Devillers*, T. p. 1056).

Et, si vous avez progressivement élargi la notion de dépenses utiles, en intégrant non seulement les dépenses directes, mais aussi les dépenses indirectes, les charges diverses et les frais généraux, vous excluez logiquement toute prise en compte du bénéfice (1er mai 1925, *Compagnie générale française et continentale*, p. 419 ou Section, 2 décembre 1966, *Société « France Reconstructions-Plan »*, précitée, qui précise que la société « est fondée à demander à être indemnisée de ceux de ses débours utiles, à l'exclusion de tout bénéfice »). Vous avez récemment précisé, dans une hypothèse où était en cause un marché public, qu'il n'avait pas non plus droit, à ce titre, au remboursement des frais financiers, ce qui, appliqué aux concessions de service public ou aux partenariats publics privés, aurait des conséquences considérables sur le financement des grands contrats (Section, 10 avril 2008, *Société Jean Claude Decaux c/ Département des Alpes-Maritimes*, p. 151 avec conclusions B. Dacosta ; AJDA 2008. 725 ; *ibid.* 1092, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RDI 2008. 385, obs. R. Noguellou ; RTD com. 2008. 695, obs. G. Orsoni, BJCP 59/2008 p. 280 conclusions B. Dacosta, note R. S.). Cette même décision exclut, toutefois, que l'indemnité accordée à l'appauvri soit diminuée à raison des fautes qu'il a pu éventuellement commettre.

Comme le disait H. Savoie « l'enrichissement sans cause ne vise donc pas à réparer le préjudice subi par le créancier en l'indemnisant de l'ensemble de ses charges, mais bien à faire en sorte que l'administration reverse les sommes correspondant au montant dont elle s'est enrichie. Il se peut donc fort bien que cette action ne permette pas au créancier de recouvrer la totalité des sommes qu'il a engagées ».

Il est vrai que le cocontractant de l'administration peut aussi se placer sur le terrain quasi-délictuel, la nullité du contrat résultant le plus souvent d'une faute de l'administration, laquelle engage sa responsabilité (22 janvier 1958, *Sieur Chamis*, p. 37, faute consistant en l'insertion dans le contrat d'une clause illicite ayant entraîné la nullité du marché ; 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury* ou 14 décembre 1988, *Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, précitées). Comme le dit, en effet, votre décision du 19 avril 1974, *Société « Entreprise Louis Segrette »*, « l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer, en tout état de cause, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé [et] (...) dans le cas où la nullité du contrat résulte (...) d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et, le cas échéant, demander, à ce titre, le paiement du bénéfice dont

il aurait été privé par la nullité du contrat » (T. p. 1052 ou 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, p. 431 ; AJDA 1996. 448, note V. Haïm ; D. 1996. 319, obs. P. Terneyre ; RDI 1996. 207, obs. F. Llorens et P. Terneyre).

Mais, vous prenez aussi en compte la faute du cocontractant, laquelle exonère partiellement l'administration (Section, 9 novembre 1934, *Société Smith Premier Powers et société anonyme de machines à statistiques*, p. 1040 ; 17 mai 1963, *Commune de Monein et sieur Labarrère*, p. 304 ; Section, 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et caisse franco-néerlandaise de cautionnement* ou Section, 13 octobre 1972, *Société anonyme de banque « Le crédit du Nord » c/ OPHLM du Calvados*, précitées). Et, par la décision *Société Jean-Claude Decaux* précitée, vous avez consacré le principe selon lequel une faute grave de la société était de nature à exclure toute indemnisation sur le terrain quasi-délictuel, ce nonobstant la faute de la personne publique (Section, 10 avril 2008, *Société Jean Claude Decaux c/ Département des Alpes-Maritimes*, précitée, en l'espèce la société ne pouvait ignorer l'irrégularité de l'attribution du marché selon une procédure négociée et, antérieurement, 6 février 1981, *Commune de Sixt*, T. p. 910).

L'indemnisation totale ne peut, évidemment, dépasser la rémunération qu'aurait procurée au cocontractant l'exécution du contrat valide (8 décembre 1995, *Commune de Saint Tropez*, précitée).

L'extrême complexité du règlement financier sur le double terrain quasi-contractuel et quasi-délictuel, dont témoignent toutes vos décisions, et l'incertitude qu'elle engendre pour les parties suffisent à établir les inconvénients majeurs que produit la disparition du contrat.

5. Une telle situation ne nous paraît pas satisfaisante en soi ; elle ne nous paraît pas non plus correspondre à l'état actuel du contentieux des contrats.

5.1. La jurisprudence que nous venons de décrire reflète, en premier lieu, un état du droit qui est dépassé.

Cette jurisprudence 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 de ses conditions de passation.

Certes, il était possible, en application de votre jurisprudence *Martin*, d'obtenir l'annulation des divers actes préalables à la signature du contrat. Cette voie était ouverte tant aux tiers (*Martin* précitée) qu'aux parties au contrat (11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, p. 770 ; Section, 4 février 1955, *Ville de Saverne*, p. 73 ; Section, 5 décembre 1958, *Secrétaire d'Etat à l'agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère*, p. 620, AJDAII.57 conclusions Kahn). Mais il n'est pas besoin de vous rappeler que, selon la formule du président Romieu, une telle annulation avait un caractère « platonique », jusqu'à ce que vous vous efforciez de donner au juge administratif les moyens d'en tirer quelques conséquences par vos décisions *Société « Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas »* et *Epoux Lopez* (Section, 7 octobre 1994, p. 430 avec conclusions R. Schwartz ; AJDA 1994. 914 ; *ibid.* 867, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ; RDI 1995. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugué ; RFDA 1994. 1090, concl. R. Schwartz ; *ibid.* 1098, note D. Pouyaud). Et, encore la possibilité pour le requérant d'obtenir l'annulation du contrat s'apparentait à un véritable parcours du combattant, dont le caractère dissuasif avait été maintes fois souligné.

Il a fallu attendre les lois de décentralisation de 1982 (loi n° 82-213 du 2 mars 1982, complétée par la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, codifiées aujourd'hui aux articles L. 2131-1 et suivants du code général des collectivités territoriales) pour que le préfet se vît reconnaître, au titre du contrôle de légalité, la possibilité de déférer directement les contrats soumis à l'obligation de transmission au juge administratif. Vous en avez logiquement déduit que, saisi d'un tel déféré, le juge administratif pouvait annuler le contrat (2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts de Seine c/ OPHLM de Malakoff*, T. p. 659), alors même que vous avez ultérieurement qualifié ce déféré de recours pour excès de pouvoir

(Section 26 juillet 1991, *Commune de Sainte Marie (Réunion)*, p. 302 ; AJDA 1991. 739 ; *ibid.* 693, chron. C. Maugüé et R. Schwartz ; RFDA 1991. 966, concl. H. Legal). Et vous avez étendu cette solution aux contrats non soumis à l'obligation de transmission (4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, T. p. 801 ; AJDA 1994. 898, concl. C. Maugüé ; RDSS 1995. 316, obs. P. Ligneau).

Enfin, jusqu'à l'introduction du référé précontractuel par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, transposant la directive 89/655/CEE du 21 décembre 1989 relative aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics, qui a introduit l'ancien article L. 22 dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, il n'existait aucune procédure efficace pour faire sanctionner a priori l'irrégularité de la procédure de passation de la masse des contrats de l'administration.

La situation actuelle est radicalement différente. Outre, le recours du préfet contre le contrat, le référé précontractuel permet aux personnes ayant « un intérêt à conclure le contrat » et « étant susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué » de prévenir la signature d'un contrat dont la procédure de passation ne serait pas régulière au regard des exigences du droit de la commande publique.

En sus de ce référé précontractuel, le législateur, par l'ordonnance du 7 mai 2009, là encore sous l'impulsion du droit communautaire, a institué un référé contractuel, ouvert aux mêmes personnes, mais contre le contrat signé. Ce recours vise à permettre au juge de sanctionner les manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Enfin, vous avez, vous-mêmes, créé un recours de plein contentieux contre le contrat ouvert, cette fois, aux concurrents évincés, à l'occasion duquel peuvent être soulevées toutes les irrégularités entachant aussi bien la procédure de passation, que les conditions dans lesquelles le consentement de la personne publique a été donné ou l'objet du contrat (*Assemblée*, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, précitée).

Dans le contexte qui prévalait avant ces bouleversements, il était logique que le juge du plein contentieux contractuel se sentît aussi des devoirs de juge de la légalité, puisque ce juge n'existait pas véritablement pour le contrat.

5.2. Si cette attitude était justifiée par ce contexte, elle ne correspond pas, fondamentalement, à l'office du juge du contrat saisi par les parties.

Elle nous paraît, en fait, en délicatesse aussi bien avec le caractère contractuel du contrat administratif, qu'avec son caractère administratif.

Sur le premier point, vous considérez depuis toujours, comme la jurisprudence civile (Cass. Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, faisant application de l'article 1134 du code civil), que le contrat est la loi des parties. Ainsi, une décision de 1902 rappelle que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (12 décembre 1902, *Dame Orcibal et sieur Leclère*, p. 750). Même votre jurisprudence sur la théorie de l'imprévision prend soin de commencer par rappeler ce principe fondamental. Il n'est besoin que de citer votre décision fondatrice de cette théorie, qui énonce « qu'en principe, le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité » (30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* p. 125 ; GAJA, 17e éd. 2009. n° 30 avec conclusions Chardenet, RDP 1916.206 conclusions Chardenet et 1916.238 note Jèze, S. 1916.3.17 conclusions Chardenet, note Hauriou).

Il s'en déduit logiquement que le juge du contrat actionné par les parties doit exercer son office d'abord et avant tout dans le cadre du contrat. C'est ce qui justifie qu'en termes contentieux, la responsabilité contractuelle prime et absorbe les autres formes de responsabilité. Comme l'affirme votre décision *Berezowski* précitée, l'intéressé « qui est lié à

la commune par un contrat, ne peut exercer à l'encontre de la commune en raison des troubles dont il demande réparation, d'autre action que celle procédant du contrat ». Ainsi, selon la formule du commissaire du gouvernement Corneille, « dès l'instant où le plaignant est non un tiers mais une partie à un contrat passé avec l'auteur du dommage, la faute contractuelle absorbe la faute délictuelle » (22 décembre 1922, *Lassus*, p. 984, RDP 1923.428 conclusions Corneille ; voir aussi 13 décembre 1972, *Compagnie d'assurances maritimes, aériennes et terrestres « CAMAT » et autres*, p. 805, JCP 1973.II.462 note F. Moderne ou 30 mai 1986, *Ministre des PTT c/ Société SALEG*, p. 153, excluant l'utilisation par la personne publique de la procédure de contravention de grande voirie pour obtenir réparation).

La même règle vaut aussi pour les différentes formes de responsabilité extracontractuelle sans faute, qu'il s'agisse de la responsabilité pour risque de voisinage (5 janvier 1972, *Société Unitchadienne*, p. 4), de la responsabilité pour dommages de travaux publics (16 novembre 1957, *Sieur Fumeron*, p. 622 ou 25 novembre 1994, *Société Aticam et autres*, p. 514) ou de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques (6 janvier 1971, *Société anonyme de gérance des vêtements Abdon*, n° 69141, inédit au Rec. CE, RDP 1973.276).

Comme l'explique Ph. Terneyre : « la justification essentielle du principe réside dans la spécificité du lien contractuel et, notamment, dans sa force obligatoire à l'égard des parties contractantes. En s'engageant contractuellement, les parties créent entre elles un réseau de relations juridiques autonomes prédéterminées dans leur existence et leur sanction. Les parties au contrat, si elles bénéficient des avantages de ce « monde clos », doivent également se soumettre à ses inconvénients » (Encyclopédie Dalloz Responsabilité de la puissance publique, Ph. Terneyre, Responsabilité contractuelle, n° 101).

Sur le second point, on ne peut négliger le fait que le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres. Il est certes la chose des parties, mais l'une de ces parties est une personne publique agissant dans le cadre de l'intérêt général. Que le contrat soit administratif à raison de son objet ou de ses stipulations, il participe de la sphère du service public, ce qui justifie les pouvoirs exorbitants dont dispose l'administration, mais aussi les contraintes qui s'imposent à elle. Or, qu'il s'agisse du pouvoir de modification unilatérale ou de la théorie de l'imprévision, déjà évoquée, leur fondement est la continuité du service public, qui justifie aussi bien l'adaptation unilatérale du contrat pour mieux l'assurer que l'obligation de verser une indemnité lorsque cette continuité est mise en péril.

Il y a, donc, quelque chose de paradoxal à ce que les parties puissent aussi facilement se délier de leurs obligations par une action en nullité qui, jusqu'à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (sur les effets de cette loi : B. Plessix « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », RFDA 2008.1219), n'était limitée que par la prescription trentenaire (Section, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, précitée) et pouvait être fondée, comme nous avons tenté de le démontrer, sur une infinité de moyens, conduisant le juge à prononcer mécaniquement cette nullité, sans se préoccuper de ses conséquences sur le service public ou ses usagers. Il est tout aussi paradoxal qu'à l'occasion d'un litige indemnitaire, le défendeur puisse échapper aussi facilement à ses obligations, sans la moindre considération, là encore, pour les intérêts extérieurs au contrat qui sont consubstantiels au contrat administratif. Il est enfin encore plus paradoxal que cette nullité doive être prononcée d'office pour cette même 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. Or, si votre jurisprudence *Société Citécable Est* règle partiellement la question du règlement de leurs relations financières réciproques, elle est sans effet sur les conséquences de la déclaration de nullité du contrat sur l'intérêt général auquel ce contrat participe.

C'est d'ailleurs ce qui explique que, comme D. Pouyaud a cherché à le démontrer dans sa thèse, le juge se soit efforcé d'échapper aux conséquences de cette jurisprudence mécanique en refusant, dès que c'était possible, de prononcer la nullité du contrat. Mais, les voies qu'elle explore, telles la disqualification du contrat administratif, soit que le juge le qualifie d'acte unilatéral soit qu'il le qualifie de contrat de droit privé, pour éviter la nullité, nous paraissent à

la fois peu satisfaisantes, si ces disqualifications avaient bien pour objet d'éviter la nullité, ce dont nous doutons, et peu efficaces. Il en va de même de la validation législative, évoquée par J.-F. Lafaix dans sa très intéressante thèse consacrée au traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration (J.-F. Lafaix, *Le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz, 2009).

5.3. La mécanique de la nullité que nous avons décrite nous paraît, enfin, contraire à l'importance renforcée qui est attachée aujourd'hui à la stabilité des relations contractuelles.

Cette importance se manifeste à tous les niveaux.

Ainsi, après avoir jugé, pendant un temps, que la liberté contractuelle n'avait pas valeur constitutionnelle et qu'en conséquence rien ne s'opposait à ce que le législateur vînt modifier les contrats en cours (Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC, D. 1996. 45, obs. X. Prétot ; *ibid.* 1995. 344, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 351, obs. P. Gaïa ; RTD civ. 1996. 151, obs. J. Mestre, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés*, « Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle », § 9, ou Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, D. 1999. 236, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 234, obs. L. Favoreu ; RTD civ. 1997. 787, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1998. 99, obs. J. Mestre, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, « Le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle », § 48), le Conseil constitutionnel a nuancé cette jurisprudence en encadrant les conditions dans lesquelles le législateur est en droit de porter atteinte aux situations contractuelles. Par sa décision du 10 juin 1998, il a ainsi jugé « que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, AJDA 1998. 540 ; *ibid.* 495, note J.-E. Schoettl ; D. 2000. 60, obs. L. Favoreu ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1999. 78, obs. J. Mestre, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, § 29). Et par sa décision du 23 juillet 1999, il a précisé que « s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, AJDA 1999. 738 ; *ibid.* 700, note J.-E. Schoettl ; D. 2000. 422, obs. L. Gay ; *ibid.* 265, obs. L. Marino ; *ibid.* 423, obs. M. Fatin-Rouge ; RTD civ. 1999. 724, obs. N. Molfessis, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, § 19 ; voir aussi : Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; *ibid.* 473, note G. Marcou ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; GDCC, 15e éd. 2009. n° 46 ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; *ibid.* 2007. 564, note A. Levade ; *ibid.* 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier, *Loi relative au secteur de l'énergie*, § 29 (cette décision ajoute que l'application de la loi aux contrats en cours ne peut, de la même façon, porter atteinte à la libre administration des collectivités territoriales que pour « des fins d'intérêt général »)).

Vous n'êtes pas resté à l'écart de cette évolution, loin de là. Ainsi, c'est à propos de l'application de dispositions législatives ou réglementaires nouvelles aux contrats en cours que vous avez affirmé le principe de sécurité juridique (Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et société Ernst & Young et autres*, p. 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 841, tribune B. Mathieu ; *ibid.* 897, tribune F. Melleray ; D. 2006. 1224 ; *ibid.* 1190, chron. P. Cassia ; *ibid.* 1226, point de vue R. Dammann ; GAJA, 17e éd. 2009. n° 115 ; Rev. sociétés 2006. 583, note P. Merle ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila ; *ibid.* 483, note F. Moderne ; RTD civ. 2006. 527, obs. R. Encinas de Munagorri). Et vous avez fait application de la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel et de cet impératif, tout en soulignant la spécificité des contrats administratifs, par votre décision d'Assemblée *Commune d'Olivet*. Vous avez, en effet, certes admis que la loi Sapin, compte tenu de son objectif d'ordre public, pouvait s'appliquer aux contrats en cours, mais vous avez pris soin d'assurer la stabilité des contrats déjà conclus, en jugeant, d'une part, qu'elle n'avait pas pour effet de rendre nulles toutes les conventions conclues antérieurement à son entrée en vigueur pour des durées

incompatibles avec son article 40 ni même de contraindre les parties à modifier leur durée. Vous avez seulement jugé, de façon normale, qu'aucun avenant postérieur à l'entrée en vigueur de la loi ne pouvait avoir pour effet de méconnaître cet article 40 et, de façon plus constructive, que « les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte » (Assemblée, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n° 271737 et 271782, à publier au Rec. ; AJDA 2009. 676 ; *ibid.* 1090, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *ibid.* 1747, étude S. Nicinski ; D. 2009. 1209, et les obs. ; RFDA 2009. 449, concl. E. Geffray ; RTD civ. 2010. 58, obs. P. Deumier ; RTD com. 2009. 699, obs. G. Orsoni).

Enfin, tout le sens des évolutions récentes du contentieux de la passation du contrat, sous l'influence du droit communautaire, vise à garantir de la façon la plus absolue le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence avant la conclusion du contrat ou immédiatement après celle-ci, tout en garantissant sa pérennité par la suite.

Ainsi, la création par la directive du 11 décembre 2007 d'une nouvelle voie de recours contre le contrat, le référé contractuel, qui pourrait apparaître comme fragilisant les contrats, vise, au contraire, à en assurer la stabilité (J.-P. Jouguelet, « La nouvelle directive "Recours" : des nouveautés surprenantes », BJCP 56/2008 p. 2 ; J.-F. Lafaix « La nouvelle directive "Recours" ou l'esquisse d'une exigence de "sanction adaptée" », CMP 2008.6). Ce recours n'est, en effet, pas conçu comme un recours de droit commun, mais comme un recours exceptionnel, qui, comme la dissuasion nucléaire, repose sur le caractère disproportionné de la menace. Son but principal est de conforter l'efficacité du référé précontractuel, en évitant son contournement. C'est pour cette raison qu'il n'est pas ouvert au demandeur qui a fait usage du référé précontractuel, sauf si la personne publique n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat jusqu'à ce que ce juge se fût prononcé ou ne s'est pas conformée à sa décision. C'est pour cette raison, aussi, que les cas d'ouverture de ce recours sont si limités. Le texte n'en retient que trois : absence totale de mesures de publicité ou omission de la publication au JOCE, méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, signature du contrat avant l'expiration du délai de standstill, qui doit permettre aux tiers de former le recours précontractuel et encore, dans ce dernier cas, faut-il que le demandeur établisse que cette méconnaissance l'a privé de son droit d'exercer le référé précontractuel et qu'elle a affecté ses chances d'obtenir le contrat. Même dans ces trois cas, pourtant gravissimes, la directive ne prévoit pas que le juge doit nécessairement « priver le contrat d'effet », selon la formule qu'elle retient. Elle lui réserve la possibilité de résilier le contrat ou d'imposer une pénalité financière si cette privation d'effet se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Et le législateur communautaire insiste fortement, dans les considérants de la directive, sur « la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices » (§ 25).

Comme le notait J.-P. Jouguelet, « ce recours est la clef de voûte du dispositif car il permet de sanctionner, d'une part, la méconnaissance des délais de suspension de la décision de signer et d'autre part, les violations des obligations de publicité et de mise en concurrence contenues dans les directives « marchés » lors de la passation de marchés « de gré à gré » », c'est-à-dire de garantir que les parties n'ont pas, d'une façon ou d'une autre, fait obstacle à la possibilité d'un référé précontractuel.

Votre décision *Tropic travaux* obéit à la même logique. En offrant au juge une large palette d'instruments pour tirer les conséquences des irrégularités entachant le contrat (la résiliation, la modification de certaines de ses clauses, la poursuite de son exécution éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, le versement d'indemnités en réparation des droits lésés) elle fait de l'annulation l'ultime sanction, qui ne doit être prononcée par le juge que lorsqu'il n'est absolument pas possible de faire autrement.

6. Compte tenu de ces différents éléments, il nous paraît nécessaire de redéfinir l'office du juge du contrat lorsqu'il est saisi par les parties.

Pour définir cet office, vous devez, nous semble-t-il, vous inspirer de la démarche qui est la vôtre pour concilier principe de légalité et sécurité juridique et dont on trouve plusieurs illustrations utiles dans votre jurisprudence des dix dernières années, notamment dans vos décisions *Bour* (Section, 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, p. 59 ; AJDA 2003. 729, chron. F. Donnat et D. Casas ; AJDI 2004. 211, obs. A. Lévy ; RDI 2003. 377, obs. P. Soler-Couteaux ; *ibid.* 379, obs. P. Soler-Couteaux, CJEG 2003.346 conclusions P. Fombeur, BJDJ 3/2003.168 étude E. Fatome) et *Commune de Clans* (Section, 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-maritimes et commune de Clans*, p. 21 avec conclusions C. Maugüé ; AJDA 2003. 784, note P. Sablière ; RFDA 2003. 477, concl. C. Maugüé ; *ibid.* 484, note C. Lavalie, JCP A 2003.1342 note J. Dufau) et, bien sûr, dans vos décisions *Institut de recherche pour le développement* et *Tropic travaux*, précitées.

Toutes ces décisions imposent au juge de mettre en balance l'impératif de rétablissement de la légalité, qui dépend lui-même de la gravité de l'illégalité commise, et les atteintes à l'intérêt général que ce rétablissement peut entraîner, notamment l'interruption ou la perturbation du service public qui peut en résulter. Nous remarquons, d'ailleurs, que la directive du 11 décembre 2007 elle-même permet de ne pas priver le contrat d'effet si des « raisons impérieuses d'intérêt général » l'exigent. Tel nous semble devoir être le premier réflexe du juge du contrat, qu'il soit saisi d'une action tendant à l'annulation du contrat ou d'une exception d'illégalité du contrat. A cet impératif général s'ajoute une spécificité propre au juge des parties au contrat, qui découle de la nature de la relation contractuelle. Les parties se sont, en effet, engagées, en principe librement, dans cette relation et il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat. Ce principe, qui est énoncé, en droit international, par l'article 26 de la convention de Vienne du 23 mai 1969, aux termes duquel « tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », vaut tout autant en droit interne.

Dans ce cadre global, son office varie, nécessairement, selon qu'il est saisi d'une action en annulation ou d'une action indemnitaire.

6.1. Dans le premier cas, vous devez lui reconnaître une large étendue de pouvoirs qui fassent de lui un vrai juge de plein contentieux et pas seulement un juge, qui, comme celui de l'excès de pouvoir, est enfermé dans un choix binaire, annulation ou rejet, avec, en outre, la contrainte que toutes les irrégularités conduisent à l'annulation.

Il lui appartient, d'abord, d'apprécier la gravité de l'irrégularité qui est invoquée à l'appui de la demande d'annulation. De ce point de vue, il n'est pas possible de placer sur le même plan l'irrégularité résultant de ce que le contrat a été signé par un maire sans aucune autorisation du conseil municipal ou par le directeur général d'un établissement public sans autorisation de son conseil d'administration (Section, 26 mars 1999, *Société Hertz France et autres*, p. 95 avec conclusions J.-H. Stahl ; D. 1999. 146 ; RDI 1999. 249, obs. F. Llorens ; RFDA 1999. 977, note D. Pouyaud, CJEG 1999.264 conclusions J.-H. Stahl, BJCP 5/1999 p. 462 note Ch. M. et Ph. T.) et l'irrégularité, en quelque sorte au second degré, entachant la délibération autorisant le maire à signer ce contrat, résultant elle-même de ce que l'information des conseillers municipaux a été insuffisante ou la convocation envoyée trop tardivement, ou encore l'irrégularité résultant de ce que le contrat a été signé par le premier adjoint sur la base d'une délégation trop imprécise (16 novembre 2005, *M. Auguste et commune de Nogent-sur-Marne*, p. 507 ; AJDA 2005. 2323, BJCP 45/2006 p. 128 conclusions D. Casas, note R. S., RJEP 2006.119 note C. Guettier, JCP A 2006.1038 note F. Linditch).

Il nous semble, aussi, que l'exigence de loyauté des relations contractuelles devrait permettre à ce juge d'écarter les moyens d'irrégularité qu'une partie invoque alors même qu'elle est l'auteur de cette irrégularité. Vous faisiez, en effet, à une époque qui n'est pas si lointaine, application du principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* au plein contentieux contractuel (29 décembre 1920, *May-Bing c/ Min. de la Guerre*, p. 1159 ; 1er avril 1932, *Sieur Bagnolet*, p. 432 ; 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, p. 199 ; 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, p. 200). Les deux premières décisions en faisaient même une application très extensive puisqu'elles interdisaient au cocontractant de se prévaloir, de façon

générale, des irrégularités ayant entaché la passation du contrat, dont il avait eu connaissance lors de la conclusion de celui-ci, pour se soustraire aux obligations auxquelles il avait librement consenti. Vous avez, toutefois, renoncé à cette vision très radicale par votre décision *Société d'entreprises générales et de travaux publics* (Section, 13 juillet 1961, précitée) et, plus largement, abandonné, sans qu'une décision expliquât clairement pourquoi, l'invocation du *nemo auditur* (voir, notamment, Section, 28 janvier 1977, *Société Heurtey* ou 16 novembre 2005, *Auguste*, précitées).

Or dans un contentieux engagé entre les parties, il n'est pas normal que l'une d'elles puisse échapper à ses obligations en se prévalant d'une irrégularité dont elle est l'auteur, parfois des années plus tard, et sans qu'on puisse exclure, tant certaines de ces irrégularités sont indécélables pour le cocontractant, qu'elle ait commis cette irrégularité sciemment.

Le juge du contrat doit, ensuite, peser cette irrégularité pour décider du sort à réserver au contrat, en conservant comme principe que ce contrat est le cadre normal des relations entre les parties et qu'il doit, dans la mesure du possible, être maintenu. Dans cette perspective, il lui appartient, éventuellement, de faire procéder à des mesures de régularisation. Votre jurisprudence en la matière ne nous paraît pas totalement fixée notamment sur la possibilité, qui est, à vrai dire, la seule régularisation digne de ce nom, pour celle-ci d'être rétroactive (V. L. Gros « La rétroactivité du contrat public », BJCP 23/2000 p. 259), même si une décision récente semble admettre une telle régularisation rétroactive de façon très large, puisqu'elle déduit d'une délibération postérieure du conseil municipal qu'il a implicitement validé un contrat conclu sans délibération préalable (31 juillet 2009, *Ville de Grenoble et Société Gaz Electricité de Grenoble*, n° 296964 et 297318, à mentionner aux tables ; AJDA 2009. 1522 et, auparavant, 5 mai 1961, *Ministre de la construction c/ Société Entreprise M. et A. Cuillerai*, p. 303 pour une régularisation rétroactive et 20 décembre 1963, *Commune de Battigny*, T. p. 831, pour une régularisation pour l'avenir). Nous sommes d'avis que la voie de la régularisation devra être explorée plus avant par votre jurisprudence, car, sous réserve des droits des tiers, elle correspond à la logique de la relation contractuelle.

Si de telles mesures ne sont pas possibles, le juge devra alors résilier le contrat, sous réserve, comme l'indiquent toutes les décisions précitées, que cette résiliation ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Il est clair, de ce point de vue, que tous les contrats ne peuvent pas être placés sur le même plan. Il s'attache depuis toujours un intérêt particulier au maintien des contrats qui confient l'exécution d'un service public à une personne privée ou qui l'y associent étroitement.

Une telle résiliation pourra être prononcée avec effet différé, que ce soit pour donner aux parties un délai pour régulariser le contrat ou pour laisser le temps à la personne publique de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public.

Enfin, dans certains cas, mais qui, à nos yeux, ne peuvent être qu'exceptionnels, le juge devra annuler le contrat. Il en va ainsi dans deux hypothèses : en premier lieu, lorsque l'objet du contrat porte sur une matière où la personne publique ne peut pas contracter ou contient des stipulations contraires à l'ordre public, comme dans les affaires *Ville de Castelnaudary* ou *Eurolat*, précitées. Le juge ne peut pas, en effet, maintenir un contrat dont l'objet est illicite car cela le conduirait à faire application lui-même, dans le litige contractuel, des stipulations illicites. De ce point de vue, si seule une clause est illicite, il appartiendra naturellement au juge d'apprécier si elle est divisible du reste du contrat, auquel cas il pourra l'annuler seule ; si elle ne l'est pas, il devra annuler l'ensemble du contrat. Il en va ainsi, en second lieu, lorsque les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement sont affectées d'un vice d'une particulière gravité. On pense, par exemple, aux différents vices du consentement évoqués en commençant, sous réserve, nous semble-t-il, que rien ne s'oppose à ce que, comme le permet le droit civil, vous admettiez parfois la régularisation de tels vices. Mais, ce second cas vise surtout, selon nous, les hypothèses d'incompétence grave, notamment l'absence totale d'autorisation de l'organe délibérant qui refuse de régulariser le contrat.

En revanche, nous ne pensons pas que les irrégularités entachant la procédure de passation

du contrat, quelle que soit leur gravité, peuvent conduire le juge des parties à annuler le contrat. Car, tel n'est pas son office et tel n'est pas l'intérêt des parties. Ce sont les tiers qui ont intérêt à faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence et, comme nous l'avons indiqué, ils disposent pour cela d'une vaste panoplie contentieuse. Mais il serait particulièrement choquant que l'auteur d'une violation des règles de passation du contrat ou le bénéficiaire d'une telle violation pût venir s'en prévaloir pour échapper à ses obligations contractuelles. Nous remarquons, d'ailleurs, que, alors même qu'elle a un caractère objectif, vous tenez le même raisonnement, en aval de l'annulation du contrat, pour la mise en œuvre de la responsabilité quasi-contractuelle, puisque vous jugez que l'action en répétition de l'indu et l'action *de in rem verso* sont fermées au cocontractant de l'administration lorsqu'il ne pouvait ignorer l'irrégularité dont il a profité (25 novembre 1921, *Société « Les savonneries Henri Olive »*, précitée, pour la première et Section, 10 avril 2008, *Société Jean-Claude Decaux*, précitée, pour la seconde).

6.2. La situation du juge saisi d'un litige indemnitaire par l'une des parties est légèrement différente.

Dans une telle hypothèse, le juge du contrat n'est pas saisi d'une demande qui conteste la validité du contrat, mais d'un litige d'exécution. Tous les principes que nous avons rappelés sur la responsabilité contractuelle doivent le conduire à rester, en principe, dans le cadre de ce contrat pour régler le litige. Il ne lui appartient évidemment pas de résilier le contrat, puisqu'il est confronté au règlement d'un différend qui concerne nécessairement le passé. Il faut donner ici plein effet au primat de la responsabilité contractuelle.

Ce n'est que dans les deux hypothèses précédemment indiquées qu'il doit, parce que, comme nous l'avons indiqué, dans ces deux cas là, il n'est pas possible de faire autrement, écarter le contrat pour régler le différend financier qui lui est soumis et contraindre ainsi les parties à se placer sur les terrains de la responsabilité quasi-contractuelle et/ou quasi-délictuelle.

6.3. Quatre remarques pour finir sur ce point.

En premier lieu, si vous nous suivez, vous achèverez ainsi de bouleverser la notion même de nullité. Selon une conception classique, dont témoigne encore la rédaction de vos décisions, celle-ci est un état du contrat. Elle préexiste à l'intervention du juge qui ne vient que la constater. C'est cette conception qui justifie que ce constat soit automatique, puisque le juge ne fait que tirer les conséquences d'un vice ontologique de l'acte. A cette conception s'oppose celle qui fait de la nullité, et pour bien marquer la différence entre les deux, il nous paraît préférable de parler d'annulation, un pouvoir du juge. L'annulation est la sanction que prononce le juge face aux irrégularités les plus graves, après avoir pesé les conséquences de la mesure qu'il se propose de prendre sur l'intérêt général. C'est pour cette raison que la même irrégularité peut, dans certains cas, justifier la résiliation et dans d'autres pas. Nous disons « achèverez » parce que nous pensons que, sur ce chemin, le pas principal a déjà été franchi par votre décision *Tropic travaux*.

En deuxième lieu, dès lors que ne sont de nature à entraîner l'annulation ou la déclaration d'illégalité du contrat que les deux catégories d'irrégularités que nous avons mentionnées, seuls les moyens ayant trait à ces deux catégories restent, dorénavant, d'ordre public. Votre décision aura, donc, pour effet de restreindre drastiquement le nombre de ces moyens aux seuls qui justifient véritablement l'annulation du contrat, le caractère illicite de son contenu et les vices particulièrement graves affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Vous remarquerez que vous vous rapprochez ainsi de la conception des moyens d'ordre public qui prévaut en excès de pouvoir, puisque ces deux moyens s'apparentent, toutes choses égales par ailleurs, au champ d'application de la loi et à l'incompétence.

En troisième lieu, le pouvoir nouveau que vous donnez au juge du contrat ne signifie nullement qu'il va contraindre des parties qui ne s'entendent plus à demeurer ensemble. L'évolution que nous vous proposons ne touche en rien au droit des cocontractants de modifier ou de résilier le contrat d'un commun accord, voire comme vous l'avez admis de

l'annuler. Elle est également sans effet sur le pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'administration ou sur son pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général.

Enfin, ce pouvoir nouveau ne concerne pas, à nos yeux, le juge du contrat de fonction publique, dont vous avez récemment défini l'office par votre décision *Cavallo* (Section, 31 décembre 2008, p. 481 avec nos conclusions ; AJDA 2009. 5 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; AJFP 2009. 153, note G. Calley ; RFDA 2009. 89, concl. E. Glaser, DA n° 3 mars 2009 p. 29 note F. Melleray, JCP A 2009.2062 note D. Jean-Pierre).

7. Quelle conséquence doit tirer le juge du contrat dont l'office a été ainsi redéfini d'une méconnaissance de votre avis *Préfet de la Côte d'Or* ?

Rappelons que par cet avis, particulièrement bref, vous avez indiqué que « 1° (...) l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer le contrat avant la date à laquelle le maire procède à la conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat. / 2° Entachés d'illégalité, de tels contrats de droit public ou, s'agissant de contrats de droit privé, les décisions de les signer ne peuvent être régularisés ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal ».

Vous en avez fait régulièrement application depuis lors dans des hypothèses très variées, qui dépassent largement le plein contentieux contractuel entre les parties :

dans ce strict cadre nous n'avons trouvé que deux décisions (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécable Est*, précitée et 19 décembre 2007, *Société Briançon Bus et M. Brunet*, n° 227250 ; AJDA 2006. 2139, s'agissant en l'espèce d'un contrat de transaction), auxquelles on peut ajouter deux décisions rendues en matière de référé provision (8 février 1999, *Commune de Cap d'Ail*, n° 185749, inédite au Rec et 16 novembre 2005, *Auguste*, précitée) ;

dans le cadre d'un déféré préfectoral contre un contrat, ce qui était la situation ayant donné lieu au renvoi par le tribunal administratif de Dijon (voir aussi 20 juin 1997, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 172861, inédite au Rec.) ;

dans le cadre d'un renvoi préjudiciel du juge judiciaire (8 mars 2002, *Mme Géron*, n° 234650 et 29 juillet 2002, *Syndicat des eaux de Basse Ardèche*, n° 227419, inédites au Rec.) ;

dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte détachable constitué par la signature du maire (20 janvier 1989, *Ville de Millau*, n° 70680, inédite au Rec., décision antérieure à l'avis *Préfet de la Côte d'Or*, mais passée largement inaperçue) ;

dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision de préemption (7 janvier 2000, *SCI Athéna*, n° 194531, inédite au Rec.) ;

dans le cadre d'une procédure de mandatement d'office en application de l'article L. 1612-16 du CCGT (27 juillet 2005, *Commune de Saint-Amand-les-eaux*, n° 248811, inédite au Rec.) ;

et même, en dehors de la matière contractuelle, à un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision de préemption, signée avant la transmission de la délibération du conseil municipal déléguant au maire l'exercice du droit de préemption (Section, 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, p. 170 avec conclusions J.-H. Stahl ; AJDA 2005. 918 ; *ibid.* 1621, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2005. 557, concl. J.-H. Stahl) et contre un arrêté municipal autorisant l'aménagement d'un terrain de camping, en raison du retard de transmission de la délibération autorisant le premier adjoint à signer ce type d'actes (25 juillet 2008, *Commune de Rougon*, n° 299951, inédite au Rec.) ou contre une décision de licenciement (18 octobre 1993, *M. Guerraz*, n° 96589, inédite au Rec).

Innombrables sont, en outre, les jugements et arrêts qui en ont fait application.

La logique de votre avis *Préfet de la Côte d'Or* repose sur un double fondement.

En premier lieu, il tire son origine de l'exigence constitutionnelle de contrôle de légalité. Vous vous souvenez, en effet, que la première version de la loi du 2 mars 1982, qui supprimait la tutelle sur les collectivités territoriales, prévoyait que leurs délibérations étaient exécutoires dès leur publication ou leur notification. Par sa décision du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition. Après avoir relevé « qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'article 3 de cet article ; que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin », il a censuré la disposition en cause au motif « qu'en déclarant ces actes exécutoires de plein droit avant même leur transmission au représentant de l'Etat, c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur et n'est donc pas en mesure de saisir la juridiction administrative d'un recours assorti d'une demande éventuelle de sursis à exécution, les articles 2 (alinéa 1er), 45 et 69, paragraphe 1 (alinéa 1er) de la loi privent l'Etat, fût-ce temporairement, du moyen d'exercer les prérogatives qui lui sont réservées par l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution » (Cons. const., 25 févr. 1982, n° 82-137 DC, GDCC, 15e éd. 2009. n° 24, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*).

Vous avez tiré pleinement les conséquences de cette exigence par votre décision de Section Commune de Nemours (Section, 30 septembre 1988, *Commune de Nemours c/ Mme Marquis*, p. 320 ; D. 1990. 26, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, AJDA 1988.739 conclusions Y. Moreau, précédée de 4 février 1991, *Ville de Caen*, T. p. 1178 ; D. 1991. 375, obs. P. Terneyre ; RDI 1991. 206, obs. F. Llorens et P. Terneyre). Alors qu'auparavant, dans le cadre de la tutelle, l'approbation par le préfet avait un caractère rétroactif (Section, 2 novembre 1938, *Les petits-fils de F. de Wendel*, p. 815), vous avez jugé que les dispositions de l'article 2 de la loi du 2 mars 1982 « font obstacle à ce que l'entrée en vigueur d'un acte soumis à obligation de transmission soit fixée à une date antérieure à la date à laquelle il a été procédé à sa transmission au représentant de l'Etat ». Comme l'expliquait Mme Moreau, la jurisprudence antérieure fondait l'exception au principe de non rétroactivité des actes administratifs sur la spécificité des actes de tutelle. Et, après avoir rappelé la contrainte constitutionnelle, elle ajoutait « la jurisprudence sur l'approbation voulait équilibrer le poids de la tutelle par la rétroactivité de l'approbation. Il n'y a plus à rééquilibrer aujourd'hui dans ce sens mais à mieux assurer le contrôle ».

L'avis *Préfet de la Côte d'Or* repose, d'autre part, sur la jurisprudence constante selon laquelle la légalité d'un acte s'apprécie à la date où il a été adopté, ce qui implique nécessairement d'apprécier la légalité de la décision du maire de signer le contrat à cette date. Or, dès lors qu'en application de votre décision *Commune de Nemours*, à cette date, la délibération autorisant le maire à signer le contrat qui n'a pas été transmise au contrôle de légalité n'était pas entrée en vigueur, le maire n'était pas régulièrement habilité à signer le contrat.

Il est vrai que vous admettez depuis longtemps, par réalisme, que l'administration peut prendre un acte réglementaire sur la base d'un autre acte réglementaire, voire d'un acte non réglementaire, qui n'est lui-même pas encore devenu exécutoire (18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, p. 882 ; Section, 27 janvier 1961, *Sieurs Daunizeau et autres*, p. 57 et, pour l'hypothèse où l'acte de base n'est pas réglementaire : Assemblée, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, p. 368 avec conclusions B. Stirn ; AJDA 1991. 157 ; *ibid.* 91, étude CM., FD. et YA ; D. 1991. 283, note P. Sabourin ; GADS 2010. n° 22 ; RFDA 1990. 1065, concl. B. Stirn ; *ibid.* 1991. 843, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre), sous réserve bien sûr que l'entrée en vigueur de l'acte d'application soit postérieure à celle de l'acte de base. En revanche, vous n'étendez pas cette tolérance aux décisions individuelles, lesquelles sont illégales si elles sont prises sur la base d'une décision réglementaire ou individuelle qui n'est pas encore devenue exécutoire (Assemblée, 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, p. 675 ; 4

mai 1960, *Ministre des affaires étrangères c/ Sieur Mrazovitch*, p. 294 ; 7 janvier 1970, *Sieurs Chaze et Bussière*, p. 6, pour des hypothèses où l'acte de base est réglementaire).

Cette distinction est critiquée. Elle ne semble fondée, d'après vos commissaires, que sur le caractère créateur de droits de la décision individuelle au profit de son destinataire. Ainsi, F. Sénors indiquait que « cette position auxquels les arrêts ne donnent pas de motif explicite, est en cohérence avec celle qui veut qu'un acte individuel favorable à l'intéressé entre en vigueur dès sa signature ». En d'autres termes, l'acte individuel créant des droits dès sa signature, celle-ci ne peut légalement intervenir avant l'entrée en vigueur de l'acte sur le fondement duquel il est pris, sauf à ce qu'il crée des droits avant sa propre entrée en vigueur. Cet argument n'est pas vraiment convaincant, dès lors que la légalité d'un acte s'apprécie à la date où il est adopté, qu'il soit réglementaire ou individuel. En outre, il n'y a pas grand effort à faire pour considérer que, dans un tel cas, l'acte individuel ne crée des droits qu'à compter de sa propre entrée en vigueur qui est différée jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte sur le fondement duquel il est pris, plutôt que de dire que, parce que cet acte crée des droits, il est illégal...

Quoi qu'il en soit, nous ne vous proposerons pas, aujourd'hui, d'infléchir cette jurisprudence, dès lors que vous l'avez solennellement confirmée en Section, il y a moins de dix ans, malgré les conclusions contraires de F. Sénors, par votre décision *Gemtrot* (Section, 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*, p. 346 ; AJDA 2003. 1813, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2003. 2284, et les obs. ; RFDA 2003. 1134, concl. F. Sénors).

Il nous semble de toute façon qu'il n'est pas besoin de remettre en cause votre jurisprudence *Commune de Nemours* pour atténuer les effets dévastateurs de l'avis *Préfet de la Côte d'Or*. Il y a, en effet, dans cet avis un raccourci qui nous paraît erroné et qui est au cœur de l'évolution que nous vous proposons. L'avis indique que l'absence de transmission de la délibération « entraîne l'illégalité dudit contrat ». Or, en application de votre jurisprudence précitée, le défaut de transmission de la délibération entraîne certainement l'illégalité de la décision du maire de signer le contrat, mais on ne peut en déduire automatiquement qu'elle entraîne l'illégalité et, *a fortiori*, la nullité du contrat lui-même.

Il appartient, d'ores et déjà, au juge du plein contentieux saisi par un tiers en application de votre jurisprudence *Tropic travaux*, comme au juge de l'exécution, statuant dans la ligne de votre décision Institut de recherche pour le développement, d'apprécier les conséquences de l'illégalité de la décision du maire de signer le contrat sur la vie du contrat sans en déduire automatiquement sa nullité.

Nous vous proposons seulement de donner le même pouvoir au juge du contrat saisi par les parties.

Or, l'illégalité en cause ne nous paraît entrer dans aucune des deux catégories qui justifient l'annulation du contrat.

Il est évident qu'elle est sans rapport avec une quelconque illicéité du contenu du contrat.

Mais elle est également sans lien avec les conditions dans lesquelles le consentement de la personne publique a été donné. La circonstance que la délibération autorisant le maire à conclure le contrat n'ait pas encore été transmise au contrôle de légalité à la date où le maire a signé le contrat n'empêche pas que cette délibération existait. Ce retard, voire cette absence de transmission, sont totalement sans incidence sur la régularité de la délibération. Du point de vue de la personne publique contractante, il n'y a, en réalité, aucune irrégularité affectant les conditions dans lesquelles elle a donné son consentement : le conseil municipal a été régulièrement saisi, il a régulièrement délibéré, il s'est régulièrement prononcé pour autoriser le maire à signer le contrat et celui-ci a régulièrement fait usage de l'habilitation qui lui a ainsi été donnée. Il n'y a, notamment, aucune atteinte à la répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif de la collectivité, atteinte qui serait, elle, susceptible de vicier le consentement de la personne publique et constituerait une irrégularité grave. La méconnaissance de votre avis *Préfet de la Côte d'Or* ne constitue,

fondamentalement, une irrégularité qu'au regard du contrôle de légalité, c'est-à-dire d'une contrainte, certes importante, mais extérieure au consentement de la personne publique.

Enfin, il nous semble que, même sous l'angle du contrôle de légalité, il faut relativiser aujourd'hui la gravité de cette illégalité, compte tenu notamment des évolutions qu'ont connues vos propres pouvoirs en matière de suspension des actes administratifs.

L'essentiel pour assurer l'efficacité de ce contrôle, c'est, en effet, la transmission du contrat lui-même. Or, les articles L. 2131-2 du CGCT, pour les communes, L. 3131-2, pour les départements, et L. 4141-2, pour les régions, imposent la transmission des conventions relatives aux emprunts, aux marchés et accords cadres, aux concessions de service public et affermages, ainsi qu'aux contrats de partenariat, auxquelles il faut ajouter les contrats de recrutement des agents publics, soit l'immense majorité des contrats de quelque importance passés par les collectivités territoriales. Et, le préfet dispose, en application des articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1, du pouvoir de demander directement l'annulation de ces contrats et pouvait assortir ce déféré de ce qui était, à l'époque, une demande de sursis à exécution. Aujourd'hui, le préfet peut assortir son déféré d'une demande de suspension, qui n'est pas soumise à la condition d'urgence ; en matière de marchés et de délégations de service public, cette demande entraîne même automatiquement la suspension pendant un mois, le temps que le juge des référés se prononce. En outre, il n'est pas besoin de vous rappeler à quel point ce mécanisme a été modifié par la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et par la conception infiniment plus souple que vous avez du moyen de nature à créer un doute sérieux. Compte tenu de ces évolutions, il nous paraît difficile de considérer que le contrôle de légalité serait mis en danger si vous renonciez à la nullité automatique qui résulte de l'application de votre avis *Préfet de la Côte d'Or*.

Il nous semble, donc, que la signature du contrat avant la transmission de la délibération habilitant le maire n'est pas au nombre des irrégularités graves qui justifient que le juge annule le contrat ou l'écarte.

Il ne pourrait, selon nous, en aller autrement que s'il apparaissait que l'absence de transmission constitue, en fait, une manœuvre de la collectivité pour échapper délibérément à tout contrôle de légalité, notamment lorsqu'elle s'est également abstenue de transmettre le contrat.

8. En déclarant le contrat nul au seul motif qu'il avait été signé par les deux maires avant que les délibérations des conseils municipaux de Béziers et Villeneuve-lès-Béziers eussent été transmises au contrôle de légalité, la cour a, donc, commis une erreur de droit.

9. Après cassation, vous lui renverrez l'affaire, le contentieux indemnitaire n'ayant jamais été discuté sur le terrain contractuel devant les juges du fond.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 12 février 2007 en tant qu'il rejette la requête de la commune de Béziers, au renvoi de l'affaire devant cette cour, à ce que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verse à la commune de Béziers la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions de la commune de Villeneuve-lès-Béziers à ce même titre. »

Composition de la juridiction : M. Jean-Marc Sauvé, Président. - M. Xavier Domino, Rapporteur. - M. Emmanuel Glaser, Rapporteur public. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, Me Odent, Avocat

Décision attaquée :

Texte(s) appliqué(s) :