

Fiche n° 2
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS II :
LES RECOURS AU FOND

BIBLIOGRAPHIE

DELELIS (S.), « L'indemnisation du préjudice contractuel », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, pp. 223-248.
GOURDOU (J.), « Béziers II » : du grésillement sur la ligne jurisprudentielle : *RJEP* 2013, étude 4.
LALLET (A.), « Résilier n'est pas jouer : l'action en reprise des relations contractuelles », *AJDA* 2011, p. 670.
PAILLET (M.), « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, p. 553.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Ccass. Ch. Civ., 31 janvier 2018, n°16-21697
Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 novembre 2017, Soc. Fils Mme Géraud
Référence 3 : CE, 15 novembre 2017, Soc. Fils Mme Géraud n°402794
Référence 4 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche
Référence 5 : CE, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche, n°398445
Référence 6 : CE, 9 février 2018, Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération, n°404982

DÉCISIONS DU CORPUS

CE, 31 mai 1907, Deplanque
CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure,
CE Sect., 27 janvier 1933, Le Loir,
CE, 20 octobre 1954, Pithois,
CE Sect., 24 avril 1964, Société de livraisons industrielles et commerciales,
CE Sect., 6 novembre 1970, Société anonyme touristique de la vallée du Lautaret (SATHOVAL),
CE, 26 novembre 1971, SIMA,
CE, Ass., 2 février 1973, Trannoy,
CE, 1er décembre 1976, Berezowski,
CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens,
CE Sect., 6 avril 2007, Centre hospitalier général Boulogne-Sur-Mer,
CE Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Le juge administratif depuis Tarn et Garonne*

Épreuve pratique : commentaire référence 5

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 14 septembre 1990, une convention de location-vente d'une usine relais a été conclue entre la commune de [...] (la commune) et la société Le Médoc gourmand, exerçant une activité de fabrication de pâtisseries industrielles ; qu'en 1991, la commune a fait édifier le bâtiment à usage industriel, sous la maîtrise d'oeuvre de M. B..., architecte, et de la société Bureau d'études Aquitec (la société Aquitec) ; que le lot climatisation a été confié à la société Hervé thermique ; qu'une assurance dommages-ouvrage a été souscrite auprès de la société Général accident, aux droits de laquelle se trouve la société Aviva Insurance Limited ; que les travaux ont été réceptionnés avec réserves le 19 septembre 1991 ; que, le 20 novembre suivant, la société Le Médoc gourmand, entrée dans les lieux le 21 octobre, a dénoncé à la commune un problème de condensation provoquant des moisissures sur les pâtisseries et des dégradations des revêtements muraux ; que, le 22 septembre 1992, la commune a adressé une déclaration de sinistre à l'assureur dommages-ouvrage ; que, par acte authentique du 27 avril 1993, la commune a consenti à la société Le Médoc gourmand un crédit-bail portant sur l'immeuble en cause, pour une durée de seize années ayant commencé à courir rétroactivement le 1er novembre 1991, assorti d'une promesse unilatérale de vente ; que deux compresseurs frigorifiques défectueux ont été remplacés par la société Hervé thermique, mais les conséquences de cette défaillance, matérialisées par la présence de nappes de condensation importantes, n'ont pas été prises en charge par cette société et son assureur ; que la commune a assigné M. B..., la société Aquitec et la société Hervé thermique en indemnisation de ses préjudices ; que, par jugement du 30 septembre 1999, devenu irrévocable, le tribunal administratif de Bordeaux a condamné M. B..., la société Aquitec et la société Hervé thermique à payer à la commune la somme de 942 315,73 euros ; que, le 6 juillet 2000, la commune et la société Le Médoc gourmand ont conclu une transaction, aux termes de laquelle la commune s'est engagée à reverser cette indemnité à la société Le Médoc gourmand, celle-ci faisant son affaire personnelle des travaux de mise aux normes et s'engageant à payer les loyers dus entre le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 1999 ; qu'en outre, elle s'est obligée, après perception effective d'une partie de l'indemnité pour préjudice commercial devant lui être versée à l'occasion de l'action engagée par elle à l'encontre des constructeurs, soit à reprendre le paiement des loyers, soit à réaliser le rachat anticipé du bâtiment ; que, le 27 janvier 2003, le trésorier de [...] (le trésorier) a émis trois titres exécutoires à l'encontre de la société Le Médoc gourmand, pour obtenir paiement des loyers dus pour les années 2000, 2001 et 2002 ; que celle-ci a saisi la juridiction judiciaire pour voir prononcer l'annulation de ces titres et juger que la commune avait commis une faute dans la mise en oeuvre de l'assurance dommages-ouvrage ; qu'un jugement du 3 août 2016 a placé la société Le Médoc gourmand en liquidation judiciaire, la société BTSG, prise en la personne de M. Y..., étant nommée mandataire judiciaire à cette liquidation ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société BTSG, ès qualités, fait grief à l'arrêt de rejeter les demandes formées par la société Le Médoc gourmand contre la commune et le trésorier ;

Attendu qu'après avoir relevé que le contrat de crédit-bail conclu entre les parties prévoyait que, s'agissant des réparations relevant de la garantie des articles 1792 et suivants du code civil, « la

commune donn[ait] mandat général à la société preneur d'exercer les droits et actions du bailleur contre tout tiers quelconque qu'il appartiendra », l'arrêt retient que, par ces stipulations conventionnelles dérogeant aux articles 1719 et 1720 du code civil, la société Le Médoc gourmand a accepté, d'une part, de décharger la commune de toute responsabilité au titre des désordres ou des malfaçons tenant tant à la conception qu'à la réalisation de l'immeuble, d'autre part, la charge de toutes les réparations, y compris celles qui incombent normalement au bailleur ; qu'il énonce, sans dénégation, que la mention insérée au paragraphe 4 relatif à l'état des lieux, aux termes de laquelle la commune, par l'intermédiaire de son assureur, s'engage à remédier aux malfaçons constatées à concurrence du montant accordé, n'est pas en contradiction avec la décharge de responsabilité stipulée par ailleurs ; que la cour d'appel a pu en déduire qu'aucune faute délictuelle ne pouvait être retenue à l'encontre de la commune ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ;

Mais sur le premier moyen, pris en ses quatre premières branches :

Vu les articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales, dans leur rédaction alors en vigueur, ensemble la loi des 16-24 août 1790 ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes qu'à défaut de transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement, la délibération d'un conseil municipal autorisant la conclusion d'une transaction est dépourvue de force exécutoire ;

Attendu que, pour écarter le moyen tiré de la nullité de la transaction du 6 juillet 2000, soulevé par la société Le Médoc gourmand, et valider les titres exécutoires émis contre elle, l'arrêt retient que cette société ne peut remettre en question le caractère exécutoire de la délibération du conseil municipal du 23 juin 2000 ayant autorisé la conclusion du contrat, au motif qu'elle n'aurait pas été transmise au contrôle de légalité antérieurement à la signature de la convention, dès lors qu'elle ne justifie pas avoir exercé, en temps utile, un recours de ce chef devant l'autorité administrative et le juge administratif, l'appréciation de la régularité d'un tel acte ne relevant pas de la compétence du juge judiciaire ;

Attendu, cependant, que le défaut de transmission au préfet de la délibération du conseil municipal autorisant la conclusion d'un contrat de droit privé est sans incidence sur la légalité de cette délibération ; que, celle-ci étant dépourvue de force exécutoire, il appartient au juge judiciaire de constater, au vu d'une jurisprudence établie du juge administratif, l'illégalité de la décision du maire de signer le contrat, en raison de son incompétence ; qu'un contrat de droit privé qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ; que la méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu au nom d'une commune est sanctionnée par la nullité absolue ; que, dès lors, en l'absence de justification de la transmission au préfet de la délibération autorisant la conclusion d'une transaction, le juge judiciaire doit prononcer l'annulation de ce contrat, lorsqu'il est saisi d'écritures en ce sens, sauf à constater que le contrat a reçu un commencement d'exécution et que la nullité a été soulevée, par voie d'exception, après l'expiration du délai de prescription de l'action ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les cinquième et sixième branches du premier moyen : CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette les demandes formées par la société Le Médoc gourmand à l'encontre de la commune de [...] et du trésorier de [...], l'arrêt rendu le 6 juillet 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du trente et un janvier deux mille dix-huit.

Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 novembre 2017, Soc. Fils de Mme Géraud

1. Le Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou a concédé en 1999 à la société « Les Fils de Mme Géraud » l'aménagement et l'exploitation du parc de stationnement situé sous la Piazza. Le contrat comportait deux volets : 675 places pour les véhicules légers ainsi qu'une gare routière destinée à accueillir 19 autocars. Toutefois, la limitation des gabarits admis dans la voirie souterraine des Halles a progressivement abouti à la désaffectation des autocars de tourisme pour ce stationnement. Aussi, le 15 mai 2013, le président du Centre a-t-il notifié à son délégataire la décision de retirer la gare routière du périmètre de la concession, afin de reconverter cet espace en parc de stationnement pour les automobiles.

Le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Paris, pour des motifs différents, ont rejeté la demande de la société tendant à l'annulation de cette modification unilatérale du contrat. La cour a jugé, conformément à votre jurisprudence traditionnelle, que les parties au contrat peuvent former un recours de plein contentieux pour contester la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles (recours dit « Béziers II ») mais qu'en présence d'une modification de ce contrat, ils ne sont recevables à demander que l'indemnisation du préjudice qui résulte pour eux de cette mesure d'exécution. Le concessionnaire se pourvoit en cassation.

2. Votre jurisprudence a longtemps refusé au juge du contrat, saisi par les parties, le pouvoir d'annuler toute mesure relative à son exécution. On sait que cette règle trouve sa source dans votre décision CE, 20 février 1868, Goguelat, n°39761, p. 198, rendue au sujet de la résiliation d'un marché de fournitures prononcée par le préfet à l'encontre d'un cocontractant défaillant : le Conseil d'Etat a jugé être en présence d'une « mesure administrative dont il n'appartient pas au conseil de préfecture de prononcer la réformation ». La formulation de la norme jurisprudentielle se stabilise avec votre décision CE, Sect., 24 novembre 1972, Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, n°84054, p. 753, qui énonce que « le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par

l'administration à l'encontre de son cocontractant » et « qu'il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité ». Cf. également CE, 9 janvier 1957, Daval, n°23954, T. pp. 879-955 et les conclusions Laurent (AJDA, 1957.II, p. 9) rappelant le « principe jurisprudentiel fondamental en matière de marchés d'après lequel le juge ne peut annuler les mesures prises par le maître de l'oeuvre envers l'entrepreneur ».

Ces décisions concernaient des cas de résiliation – ou de non-renouvellement – d'un marché, mais la portée du principe ainsi énoncé était beaucoup plus générale. Elle visait tous les contrats administratifs (CE, 17 mars 1976, Leclert, n°87204, T. pp. 815-1008-1080-1086) ainsi que l'ensemble des mesures d'exécution du contrat : mise en régie (décision citée Daval), refus de réceptionner des travaux commandés (CE, 17 octobre 1986, Commune de Mareuil-sur-Arnon, n°35341, T. p. 614), ou encore décision de différer l'exécution d'une partie des prestations prévues par la concession (CE, Sect., 9 décembre 1983, SA d'étude de participation et de développement, n°34607, p. 498, aux conclusions contraires du président Genevois, RFDA, 1984, p. 39).

Vous avez toutefois prévu d'importantes exceptions à cette règle, parfois dès l'origine, correspondant à certaines catégories de contrats. La première concerne les contrats de concession de services publics ou de travaux publics : CE, 8 février 1878, Pasquet c. Ville de Bourges, n° 50726, p. 127, ou encore CE, 20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux et services municipaux c. Ville de Langres, n°8248, p. 54 avec les conclusions du Président Romieu qui la justifie par le « droit acquis [du concessionnaire] à la jouissance de sa concession pendant toute la durée prévue au contrat » ; cf. également CE, Sect., 24 novembre 1971, Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques (SIMA), no75710, p. 723, qui vise de façon plus générale les contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation ou l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants – en l'occurrence un marché d'entreprise de travaux publics. La seconde exception concerne les contrats d'occupation du domaine public : CE, Sect., 13 juillet 1968, Société des établissements Serfati, n° 73161, add. p. I et AJDA, 1968, p. 582, conclusions Bertrand. La troisième porte sur les contrats conclus entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public : CE, Sect., 31 mars 1989, Département de la Moselle, nos57000, 60384, p. 105 avec les conclusions M. Fornacciarì à la RFDA, 1989, p. 466, ainsi que CE, 13 mai 1992, Commune d'Ivry-sur-Seine, n°101578, p. 197.

Encore faut-il préciser que le champ des deux premières exceptions n'englobait que la décision de la personne publique de mettre fin aux relations contractuelles – mais non les autres mesures d'exécution et notamment pas celle de modifier le contrat : cf. décision citée SA d'étude de participation et de développement, qui revient sur ce point sur une solution plus large résultant de CE, 17 juin 1921, Société du gaz de Maubeuge et extensions c. Ville de Coutances, n°63523, p. 595 (au sujet d'une décision de mise sous séquestre de la concession).

C'est seulement dans le cas des contrats conclus entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public, que les parties peuvent demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'autres mesures que la seule résiliation : cf. décision citée Commune d'Ivry-sur-Seine au sujet du refus d'exécuter l'une des stipulations financière du contrat.

3. La doctrine presque unanime et plusieurs de vos commissaires du Gouvernement, au cours des trois dernières décennies, ont critiqué de façon virulente la jurisprudence Goguelat. Ainsi, le Pr. R. Chapus selon lequel : « Il est parfaitement inutile [...] de chercher une explication juridique (que, d'ailleurs, aucun arrêt ne donne) de cette jurisprudence paradoxale, compte tenu notamment de ce que l'annulation des mesures intéressant l'exécution des contrats peut être prononcée sur recours (pour excès de pouvoir) des tiers. Le Conseil d'Etat refuse au juge (...) saisi par les cocontractants de l'administration, le pouvoir d'annuler les mesures prises par elle à leur égard parce que l'annulation de ces mesures lui paraît, dans ce cas, inopportune. » (Droit du contentieux administratif, 2008, n° 1110, p. 993).

Nous reviendrons plus tard sur les motifs avancés. A ce stade, nous rappellerons simplement qu'avec votre décision CE, Sect. 21 mars 2011, Commune de Béziers, n° 304806, p. 117, dite « Béziers II », vous avez adopté une solution de compromis consistant à ouvrir aux parties un recours de plein contentieux leur permettant de contester devant le juge du contrat la validité des seules mesures de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles. Le cocontractant peut assortir ce recours de conclusions aux fins de suspension.

En revanche, la contestation par le cocontractant de l'administration des autres mesures d'exécution que la résiliation, notamment les décisions de modification, demeure à ce jour exclue par votre jurisprudence Goguelat - SA d'étude de participation et de développement.

La question de l'élargissement du recours « Béziers II » à de telles mesures se pose toutefois depuis l'origine. Votre rapporteur public Emmanuelle Cortot-Boucher relevait ainsi : « Cette restriction ne préjuge pas (...) de ce que vous pourriez être amenés à juger au sujet des autres mesures d'exécution du contrat, et notamment des mesures de modification du contrat, qui ont ceci de commun avec les mesures de résiliation qu'elles ne laissent pas le contrat intact. ».

Quelques mois plus tard, B. Dacosta soulignait pour sa part que : « Le juge du contrat, qui, sauf exceptions, n'avait pas le pouvoir d'annuler les mesures prises par la personne publique contre son cocontractant, est désormais doté de cette faculté, s'agissant du moins de la décision la plus grave que constitue la résiliation, et sans que la porte d'une extension ultérieure à d'autres actes ne soit totalement fermée » (conclusions sur CE, 23 décembre 2011, Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités Territoriales et de l'Immigration, n° 348647, p. 662).

Le commentaire de la décision « Béziers II » au GAJA, 2017, p. 865, laisse également la porte ouverte : « La contestation d'une mesure relative à l'exécution du contrat peut porter [...] sur la mesure la plus radicale qu'est la résiliation du contrat par l'autorité administrative contractante. Elle pourrait aussi porter sur une mesure qui, sans mettre fin au contrat, modifie les conditions de son exécution. ».

Citons enfin, dans le même sens, les remarques du président A. Ménéménis : « Le Conseil d'Etat a admis que le juge du contrat intervienne dans l'exécution même des contrats. Certes, cette intervention a un objet limité, puisqu'elle ne concerne, parmi les très nombreuses mesures qui peuvent être prises par l'Administration pour l'exécution d'un contrat, que la résiliation (même si, on le notera, l'arrêt ouvre la voie à d'autres évolutions puisqu'il justifie la solution retenue pour la résiliation par la «

portée » d'une telle mesure et que d'autres mesures, comme les modifications unilatérales, peuvent également avoir une portée importante) » (« Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », RJEP, février 2012, p. 6, § 41 et s.).

La présente affaire vous offre l'occasion de statuer sur l'opportunité, ou non, de franchir un pas supplémentaire en ouvrant aux parties ce qui a pu être qualifié de « recours aux fins de rétablissement des conditions antérieures du contrat » (A. Lallet, « Résilier n'est pas jouer », AJDA, 2011, p. 670) ou encore de recours « Béziers III ».

4. Nous achèverons de poser le cadre du débat en rappelant que tout récemment, vous avez précisé le champ et la nature du recours des tiers – et non plus des parties – contre certaines mesures d'exécution du contrat.

Votre décision CE, Sect., 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC), n° 53518, p. 239, avait ouvert aux tiers la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre « tous les actes qui bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». La même décision avait qualifiée de détachable le refus de la personne publique de prononcer la résiliation d'un contrat passé une entreprise de services téléphoniques.

Vous avez par la suite étendu cette solution à la décision de résilier un contrat (CE, Ass., 2 février 1987, Société TV6, n°81131 et autres, p. 28) et à celle de refuser de le modifier (CE, 29 avril 1987, Commune d'Elancourt, n°51022, p. 153), après l'avoir fait pour une simple mesure d'application de la concession telle que la décision préfectorale de fixer les emplacements des éléments de mobilier urbain prévus au marché (CE, Sect., 9 décembre 1983, Ville de Paris et autre, n° 30665, 30763, p. 499).

Cette dernière solution ne signifie pas, toutefois, que le recours LIC est ouvert à l'égard de l'intégralité des mesures d'exécution : il semble exclu pour les actes qui sont « trop intimement liées aux rapports contractuels » (R. Chapus, Idem, p. 731, n°826) tels que, par exemple, l'acte de réception de fournitures, la sanction prononcée sur un fondement contractuel ou l'émission d'un mandat.

Avec votre toute récente décision CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT), n°398445, à paraître au recueil, vous avez mis fin au recours pour excès de pouvoir « modèle LIC » contre le refus de résiliation, pour y substituer un recours de plein contentieux devant le juge du contrat qui obéit à des conditions de recevabilité et d'opérance des moyens inspirées de celles du recours Tarn-et-Garonne contre le contrat. Mais la jurisprudence SMPAT ne règle pas la question du recours des tiers contre les autres mesures d'exécution et notamment les décisions de résilier ou de modifier le contrat : le recours LIC reste ici, pour l'instant, toujours en vigueur.

4. Avant d'examiner l'opportunité d'un « Béziers III », précisons d'emblée que le champ de la réflexion nous semble devoir exclure les simples mesures d'application du contrat.

Vous avez d'ailleurs jugé ce point postérieurement à « Béziers II », au sujet de la mise en demeure avant sanction adressée à un occupant du domaine public : un tel acte constitue une mesure d'exécution du contrat qui, eu égard à sa portée, n'est pas susceptible d'un recours en annulation de la part de son

destinataire – CE, 23 décembre 2011, Halfon et autres, n°323309, p. 646 et CE, 27 mars 2015, M. Gyurenka, n°372942, T. pp. 749-751-760.

Vous avez confirmé cette solution au sujet de la décision de la collectivité cocontractante d'interrompre l'exécution de l'une des prestations prévues par un bon de commande : CE, 25 octobre 2013, Région Languedoc-Roussillon, n°369806, T. pp. 695-702-764.

Notre collègue Gilles Pellissier, en concluant sur cette dernière affaire, soulignait que si une extension du recours des parties à d'autres actes d'exécution du contrat que la résiliation pouvait être envisagée, elle ne saurait concerner que les mesures qui, comme le soulignait déjà Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions l'affaire Béziers II, « ont ceci de commun avec les mesures de résiliation qu'elles ne laissent pas le contrat intact ».

Nous partageons la préoccupation formulée à cette occasion par votre rapporteur public, face à la perspective d'actions en justice des cocontractants contre les ordres de service émis par les personnes publiques : de tels recours, au fond comme en référé-suspension, seraient trop susceptibles de perturber le bon fonctionnement des services publics pour qu'il puisse être envisagé d'en admettre la recevabilité. Les prises de position doctrinales en ce sens sont d'ailleurs relativement rares : cf. D. Pouyaud, « L'office du juge du contrat dans le contentieux de la résiliation », RFDA, 2011, p. 526 sur ce point.

5. Le débat se limite donc à la question de l'abandon de votre jurisprudence SA d'étude de participation et de développement – c'est-à-dire à l'ouverture d'un recours au cocontractant contre l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat.

On sait que ce pouvoir constitue « un élément de la théorie générale des contrats administratifs » (conclusions B. Genevois sur SA d'étude de participation et de développement) dont la finalité principale est d'assurer l'effectivité du principe de mutabilité des services publics : il existe donc sans texte (CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, n° 34027, p. 33). Il s'exerce sous réserve du respect du principe « d'équation financière », qui impose à l'administration de compenser les nouvelles charges imposées à son cocontractant. Sur les deux questions, cf. les conclusions classiques de L. Blum sur votre décision CE, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways, n° 16178, p. 216, GAJA, 2017, p. 115

Les termes du débat ont été examinés sous tous les angles par la doctrine et vos rapporteurs publics depuis « Béziers II » : nous nous bornerons donc à vous rafraîchir la mémoire.

Nous ne reviendrons pas sur la réserve traditionnelle de la doctrine – notamment les Pr. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé dans leur Traité des contrats administratifs, le Pr. R. Chapus (déjà cité) ou encore le Pr. P. Terneyre (« Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », EDCE, 1988, n°39, p. 72) – au principe même posé par votre décision Goguelat. La perspective d'un « Béziers III » a d'ailleurs remobilisé cette prestigieuse cohorte – cf. les Pr. D. Pouyaud, article cité, ou H. Hoepffner (Droit des contrats administratifs, 2016, p. 516 s.).

Les partisans d'un « Béziers III » font valoir la dynamique jurisprudentielle à l'oeuvre depuis que, par votre décision CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, p. 509, dite « Béziers I », vous avez renoué l'office du juge du contrat saisi par les parties. On relève à ce jour au moins trois décisions de tribunaux administratifs qui ont jugé recevable un recours du cocontractant contre une modification unilatérale du contrat : TA Lille, 20 février 2013, Société eaux du Nord, n°1005463, AJDA 2013, p. 1115, conclusions C. Frackowiak puis TA Bastia, 5 décembre 2013, Société Yachting club de Sant'Ambroggio, n°1200179 et autres, enfin, dans le présent litige, TA Paris, 7 juillet 2014, n°1310033, AJDA 2014, p. 2039. Cette dynamique tendrait, selon ses défenseurs, à ce que le juge soit amené à jouer un rôle d'arbitre entre les parties tout au long de la vie du contrat, ce qui justifierait que les actes d'exécution de celui-ci soient « justiciabilisés » en règle générale. Il est au moins une hypothèse dans laquelle cette argumentation nous semble trouver une certaine force, qui est celle de modifications illégales apportées au contrat.

En l'état de votre jurisprudence, en effet, le cocontractant n'a le choix qu'entre deux possibilités : assurer l'exécution de ces modifications (sauf à commettre une faute contractuelle) ou saisir le juge d'une demande tendant à la résiliation du contrat aux torts de la personne publique. Il ne peut, en revanche, réclamer le rétablissement des conditions antérieures du contrat. Cette difficulté, indéniable, justifie-t-elle à elle seule l'ouverture d'une voie de recours aux parties contre les modifications du contrat ?

Les arguments qui s'opposent à une telle solution nous apparaissent, globalement considérés, plus convaincants.

En premier lieu, la dynamique jurisprudentielle évoquée est pour l'instant venue échouer au niveau des cours administratives d'appel : CAA Nancy, 13 février 2014, Société Véolia eau, n°13NC00578, ou CAA Lyon, 13 novembre 2014, ERDF, n°13LY00657, AJDA 2015, p. 29 et en l'espèce CAA Paris, 28 juin 2016, Société Les fils de Mme Géraud, n°14PA03906.

En deuxième lieu, l'intérêt du recours envisagé doit être relativisé à divers titres. D'abord, parce que le pouvoir de modification unilatérale conféré à la personne publique est déjà fortement encadré. Les mesures prises doivent répondre à un intérêt général et leur ampleur se trouve limitée. Ainsi, la modification du contrat ne peut être substantielle et, notamment, elle ne peut pas changer sa nature globale. Parmi les modifications qualifiées a priori de substantielles figurent celles qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs (article 36 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession et article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

Ensuite, l'efficacité de ce recours pourrait être très faible. Si l'on raisonne par analogie avec le recours « Béziers II », qui n'a donné lieu à ce jour qu'à de très rares décisions ordonnant la reprise des relations contractuelles (CAA Douai, 2 mai 2013, CROUS de l'Académie de Lille c. Société Orange, n°12DA01577 et CAA Nancy, 28 mars 2013, Commune d'Aubigny-les-Pothées, n° 12NC01362), le juge du recours « Béziers III » ne pourrait rétablir le contrat dans son état antérieur au seul motif de l'illégalité de la mesure modificative. Il devrait vérifier que sa décision ne porte une atteinte excessive ni à l'intérêt général, ni aux droits de l'éventuel cocontractant qui aurait repris l'exécution des prestations retirées au partenaire initial. Quant au référé, la

condition du préjudice grave et immédiat serait encore plus difficile à satisfaire au sujet d'une modification du contrat qu'elle ne l'est déjà avec sa résiliation.

Enfin, en termes d'efficacité cette fois-ci relative, on peut se demander quel est l'intérêt du cocontractant à obtenir l'annulation d'une modification du contrat alors qu'il peut demander l'indemnisation intégrale des préjudices qui en résulteraient.

En troisième lieu, deux autres arguments ont trait à la lisibilité de votre jurisprudence. D'une part, avons vu que la jurisprudence Goguelat, en tant qu'elle portait sur la décision de résilier le contrat, connaissait de nombreuses exceptions : « Béziers II » a donc eu pour vertu de simplifier considérablement le paysage contentieux des mesures qui mettaient fin aux relations contractuelles. Mais tel n'est pas le cas pour les simples modifications du contrat, pour lesquelles le principe de fermeture du recours aux parties reste d'application générale – à l'exception probable de celles qui portent sur des contrats conclus entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public (Commune d'Ivry-sur-Seine).

D'autre part, on ne peut minimiser les difficultés pratiques de mise en oeuvre d'un tel recours : autant il est relativement aisé d'identifier une mesure qui met fin à la relation contractuelle, autant la distinction entre mesures d'application et de modification du contrat est susceptible de donner lieu à une casuistique complexe. La frontière actuelle, qui sépare la résiliation de toutes les autres mesures d'exécution, nous semble au contraire simple et lisible.

En quatrième et dernier lieu, sur le terrain de l'opportunité, il convient de rappeler que c'est parce qu'elle est responsable de l'organisation et du bon fonctionnement du service public que l'administration peut modifier un contrat, unilatéralement et dans un but d'intérêt général (AJDA 1971, p. 653, chronique Labetoulle et Cabanes sur la décision citée Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération). L'exercice de cette faculté, essentielle pour assurer la mutabilité du service public, se trouve contrebalancé par un droit à indemnité lorsque l'Etat, à travers la modification unilatérale du contrat, va forcer l'un des termes de l'équation financière. Le bouleversement de cet équilibre, à la fois délicat et simple à appréhender, devrait répondre à des justifications pratiques puissantes, que nous ne parvenons pas à discerner derrière le dessein abstrait de « justiciables » le pouvoir unilatéral de modification.

Pour conclure, un recours en rétablissement des conditions antérieures du contrat ne présenterait une utilité supérieure à l'indemnisation du cocontractant que dans des cas très marginaux et ses inconvénients à divers titres, que nous venons de détailler, nous semblent supérieurs aux bénéfices que l'on peut attendre d'une telle évolution. Il n'appartient pas au juge de se substituer à l'administration dans le pilotage de la relation contractuelle courante, à laquelle se rattachent les modifications qui peuvent affecter le contrat en cours d'exécution – mais non la résiliation qui y met fin. Comme l'écrivait le président Ménéménis peu après « Béziers II » : « Il ne serait certainement pas réaliste d'envisager que le juge puisse intervenir en permanence dans une relation contractuelle, mais, lorsque l'existence même du lien contractuel est en cause, son arbitrage est pleinement légitime » (article cité). Nous vous proposons donc de vous en tenir à ce critère de la mise en cause de l'existence même du contrat – dont il n'est pas exclu qu'il puisse concerner certains cas tout à fait pathologiques de

modifications unilatérales – et de maintenir votre jurisprudence SA d'étude de participation et de développement.

6. Si vous nous avez suivi vous rejetterez le premier moyen du pourvoi, tiré de l'erreur de droit à avoir écarté comme irrecevable le recours de la société tendant au rétablissement de l'état antérieur du contrat. La cour n'a pas non plus dénaturé les stipulations de la convention en considérant que la décision attaquée constituait une modification de celle-ci et non pas une résiliation partielle.

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi de la société Les fils de Mme Géraud ;
- à ce que la société Les fils de Mme Géraud verse au Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions qu'elle a présentées au même titre.

Référence 3 : CE, 15 novembre 2017, Soc. Fils de Mme Géraud, n°402794

Vu la procédure suivante :

La société « Les Fils de Mme Géraud » a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler la décision du 15 mai 2013 par laquelle le président du Centre national d'art et de culture Georges Pompidou a modifié unilatéralement le contrat qu'elle a conclu avec cet établissement public le 27 janvier 1999, de rétablir le contrat dans son état antérieur à cette décision et de condamner le Centre national à l'indemniser du préjudice subi du fait de cette modification unilatérale. Par un jugement n° 1310033 du 7 juillet 2014, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 14PA03906 du 28 juin 2016, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par la société « Les Fils de Mme Géraud ».

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 24 août et 24 novembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société « Les Fils de Mme Géraud » demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) de mettre à la charge du Centre national d'art et de culture Georges Pompidou la somme de 4 000 euros au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un contrat de délégation de service public signé le 27 janvier 1999, le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou a confié à la société « Les Fils de Mme Géraud » l'exploitation du parc de stationnement de ce Centre, qui comprend notamment 675 places en souterrain ainsi qu'une gare routière d'une superficie de 3542 m² destinée à accueillir 19 autocars au plus ; que, par une décision du 15 mai 2013, le président du Centre national d'art et de culture Georges Pompidou a fait part à la société « Les Fils de Mme Géraud » de sa décision unilatérale de retirer du périmètre de cette concession les 3542 m²

de la gare routière ; que, par un jugement du 7 juillet 2014, le tribunal administratif de Paris a rejeté la demande de la société « Les Fils de Mme Géraud » tendant, d'une part, à l'annulation de cette décision et au rétablissement de l'état antérieur du contrat et, d'autre part, à l'indemnisation du préjudice résultant selon elle de cette modification ; que, par un arrêt du 28 juin 2016, contre lequel la société « Les Fils de Mme Géraud » se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par cette société contre ce jugement ;

2. Considérant que si une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles, ce juge, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution du contrat autre qu'une résiliation, peut seulement rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, lequel n'est pas entaché de dénaturation, que la décision du 15 mai 2013 du président du Centre national d'art et de culture Georges Pompidou porte modification unilatérale du contrat de délégation de service public signé le 27 janvier 1999 ; qu'il suit de là qu'en jugeant que la société « Les Fils de Mme Géraud » ne pouvait pas demander au juge du contrat l'annulation de cette décision, mais seulement l'indemnisation du préjudice qu'elle lui avait causé, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit ; qu'il résulte de ce qui précède que la société « Les Fils de Mme Géraud » n'est pas fondée à en demander l'annulation ;

4. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, qui n'est pas la partie perdante, verse à la société « Les Fils de Mme Géraud » une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société « Les Fils de Mme Géraud » au titre de ces mêmes dispositions, la somme de 3 000 euros à verser au Centre national d'art et de culture Georges Pompidou ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société « Les Fils de Mme Géraud » est rejeté.

Article 2 : La société « Les Fils de Mme Géraud » versera au Centre national d'art et de culture Georges Pompidou une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société « Les Fils de Mme Géraud » et au Centre national d'art et de culture Georges Pompidou.

Référence 4 : Conclusions du rapporteur public sur CE, Sect., 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne (n° 358994, rec. p. 70, concl. B. Dacosta), a réalisé une profonde recomposition des voies de recours ouvertes aux tiers à un contrat administratif à l'encontre de ce dernier. Revenant sur une jurisprudence plus que séculaire qui ne leur permettait que de demander l'annulation pour excès de pouvoir

des actes détachables du contrat (CE, 4 août 1905, Martin, p. 749), vous avez jugé qu'ils pouvaient désormais, par un recours de plein contentieux, contester directement la validité du contrat. Cette évolution, précisons-le d'emblée pour ne plus y revenir, dans le sillage de laquelle s'inscrit celle que nous allons vous proposer aujourd'hui, ne concerne pas les contrats de recrutement d'agents publics, qui peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir depuis votre décision de Section du 30 octobre 1998, ville de Lisieux (rec. p. 375, ccl. Stahl. Solution confirmée par la décision 2 février 2015, Castronovo c/ Cne d'Aix-en-Pce, n° 373520, au rec).

La conséquence de l'ouverture aux tiers d'une voie de recours directe contre le contrat est la fermeture de la voie de contournement que représentait le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de la conclusion du contrat. Elle ne demeure que de manière marginale, dans des cas et dans des conditions qui garantissent contre toute velléité des tiers de l'utiliser pour s'affranchir des règles régissant la voie nouvelle qui leur a été ainsi ouverte : les actes concourant à la conclusion du contrat et tant que celui-ci n'est pas conclu restent détachables pour le représentant de l'Etat qui peut les contester par la voie de l'excès de pouvoir, dans le cadre du contrôle de légalité ; l'acte administratif portant approbation du contrat par une autorité qui n'en est pas partie, certes postérieur à sa conclusion mais nécessaire à son exécution, est également détachable du contrat pour les tiers qui sont recevables, sous certaines conditions, à en contester la légalité devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier, n° 392815, aux T sur ce point) ; enfin, restent justiciables du recours pour excès de pouvoir les actes administratifs détachables de la formation des contrats de droit privé (Sect, 26 nov 1954, Syn de la raffinerie du soufre française, p. 620 ; CE, 27 février 2015, M. Arrou et autres, n° 386595, aux T sur ce point).

La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat (Ass, 10 juillet 1996, Cayzele, p. 274, solution étendue à la décision de refus de les modifier : CE, 15 janvier 1999, Sabaty, n° 188588, DA 1999, n° 67), que la décision Département de Tarn-et-Garonne maintient expressément, participe d'une logique différente puisqu'elle vise à permettre aux tiers de saisir une norme de portée générale, non contractuelle bien que contenue dans le contrat et de ce fait détachable de celui-ci.

Si nous avons employé le terme de recomposition pour décrire la portée de votre décision Dept de Tarn-et-Garonne, c'est parce qu'elle ne se contente pas de faire passer un recours d'une branche du contentieux à une autre mais que, d'une part, elle en redéfinit substantiellement les modalités, d'autre part, elle l'insère dans l'ensemble plus vaste des contentieux contractuels, en permettant aux tiers de saisir un juge du contrat dont l'office a été également profondément redéfini au cours de la dernière décennie (sur l'office du juge du contrat saisi par les parties : Ass, 28 déc 2009, Cne de Béziers, n° 304802, p. 509). Aujourd'hui, le tableau des contentieux contractuels hors fonction publique offre un paysage qui se rapproche d'un jardin à la française : les différents recours dont disposent les tiers et les parties sont autant de voies aboutissant au juge du contrat doté des mêmes pouvoirs de donner au litige une solution qui représente le meilleur équilibre entre les exigences de la légalité, de l'intérêt général et de la stabilité des relations contractuelles, dans le respect des droits créés.

Cette recomposition n'est cependant pas encore complètement achevée. La jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne ne concerne que la contestation du contrat et les actes détachables antérieurs à sa conclusion qui permettaient auparavant aux tiers

d'en contester indirectement la validité. Si, en dehors des voies de recours spécialement destinées à permettre aux candidats évincés d'obtenir le respect des règles de mise en concurrence, la contestation du contrat concentre l'essentiel des recours des tiers en matière contractuelle, ceux-ci ont également la possibilité de contester certains actes détachables relatifs à l'exécution du contrat. Cette faculté leur a été ouverte, et à eux seuls, par la décision de Section du 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC) (n° 53518, p. 239, AJDA 1964, p. 308, concl. Combarrous) dont la formulation très générale mérite d'être citée : la société requérante est, « en sa qualité de tiers par rapport à ladite convention, recevable à déférer au juge de l'excès de pouvoir, en excipant de leur illégalité, tous les actes qui bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Est ensuite qualifiée de détachable du contrat la décision de la personne publique cocontractante refusant d'en prononcer la résiliation, c'est à dire d'y mettre unilatéralement fin avant sa complète exécution.

Les décisions par lesquelles vous avez fait application de cette jurisprudence sont infiniment moins nombreuses que celles ayant appliqué la jurisprudence Martin. Elles se comptent sur les doigts d'une main : outre la décision de principe que nous venons de citer, vous avez statué sur des refus de résiliation à deux reprises par des décisions Fayard du 11 janvier 1984, (p. 4) et société Eiffel-Distribution du 8 décembre 2004, (n° 270432, aux T), cette dernière dans le cadre d'un référé suspension. Vous avez ensuite étendu cette solution au recours de tiers contre la décision de résiliation elle-même (Ass, 2 février 1987, sté TV6, sté France 5, p. 29, RFDA 1987, p. 29, ccl. M. Fornacciari).

La présente affaire, qui s'inscrit dans un litige comparable à celui de la décision SA LIC, vous donne l'occasion, et nous venons de voir qu'elle est rare, de poursuivre votre oeuvre de recombinaison des recours en matière contractuelle en réexaminant les modalités, les conditions de recevabilité et les effets des recours des tiers contre certaines décisions prises au cours de l'exécution du contrat, à savoir les décisions de refus d'en prononcer la résiliation. Mais, sauf à vouloir en profiter pour traiter l'ensemble des recours des tiers contre des mesures d'exécution du contrat, ce que nous ne vous proposerons pas, votre décision complètera l'édifice, sans l'achever.

Nous commencerons par vous exposer les raisons qui justifient à nos yeux de revoir les modalités des recours des tiers auxquels a été opposé un refus de résilier le contrat.

Contrairement à l'usage, nous ne ferons valoir aucun argument en faveur du maintien sous l'empire de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne d'un recours pour excès de pouvoir ouvert aux tiers à l'encontre de cette décision car nous n'en avons tout simplement pas trouvé. Non seulement les justifications de la reconnaissance de cette voie de droit n'existent plus, mais son maintien serait à la fois incohérent au regard des nouvelles règles régissant les actions des tiers en contestation de la validité du contrat et de nature à en compromettre les finalités.

En premier lieu, les mêmes raisons qui vous avaient conduits à ouvrir aux tiers le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de l'exécution du contrat plaident aujourd'hui pour redéfinir ce recours par référence à la voie principale de la contestation de la validité du contrat ouverte aux tiers par la décision Dépt de Tarn-et-Garonne.

Ces recours sont en effet proches par leurs objets et par leurs fins, la contestation du contrat dans un cas, de son maintien dans l'autre, à tel point que la décision SA LIC fait en quelque sorte

masse des deux en décrivant l'objet de la demande présentée au tribunal administratif comme tendant « à contester le droit du ministre... de passer et de maintenir avec la société SVP un accord... ». Comme le faisait observer le président Combarrous dans ses conclusions sur cette décision, dans le cas du recours contre le refus de résilier « comme dans le cas du recours dirigé contre l'acte de passation, le requérant conteste, suivant l'expression même de vos arrêts, le droit pour l'administration de passer certaines conventions ».

Cette proximité des objet et finalité des recours est la raison invoquée par le commissaire du gouvernement de l'affaire SA LIC pour étendre aux refus de résiliation la jurisprudence Martin : « dès lors que vous admettez le recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de l'acte de passation du contrat, il faudrait de très fortes raisons pour admettre que le recours tendant au retrait total ou partiel de cet acte n'est pas possible ». La circonstance que l'acte soit postérieur à la conclusion du contrat ne justifie pas, à elle seule, de lui réserver un sort différent dès lors, expliquait-il, que le critère de la détachabilité n'est pas le moment auquel l'acte intervient mais son objet : sont détachables « les actes par lesquels l'administration décide de contracter » ; ne le sont pas « les actes pris en vertu du contrat et dans le cadre de celui-ci ». Cette distinction, nous le verrons, demeure parfaitement valable.

Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui vous ont conduit à ouvrir aux tiers un accès direct au juge du contrat pour contester la validité de celui-ci. Disons simplement que, loin de remettre en cause la possibilité de cette contestation, vous avez voulu la rendre à la fois plus simple dans son usage, plus efficace et plus équilibrée dans ses effets. Dès lors que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre le refus de résiliation constituait la suite logique de l'ouverture de ce recours contre les actes de passation, la transformation du recours contre le contrat doit s'étendre au recours contre le refus de le résilier.

En second lieu, le maintien d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus de résiliation, compte tenu précisément de la proximité de cette décision avec celle de passer le contrat, compromettrait l'équilibre entre légalité et stabilité contractuelle que poursuit la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne.

Cet équilibre résulte à la fois des conditions encadrant le recours des tiers contestant la validité du contrat, conditions relatives au délai pour agir, de deux mois à compter des mesures de publicité adéquates du contrat, à leur intérêt pour agir, qui doit, sauf exceptions, être suffisamment direct et certain et aux moyens qu'ils peuvent invoquer qui doivent, en règle générale, être en rapport avec leur intérêt, et des pouvoirs étendus reconnus au juge du contrat saisi du recours pour déterminer les conséquences sur le contrat de l'irrégularité qu'il constate. Or le recours pour excès de pouvoir n'offre pas les mêmes possibilités d'ajustement des modalités du recours. L'intérêt pour agir est traditionnellement apprécié de manière plus libérale ; plus encore, il est difficile de limiter les moyens susceptibles d'être invoqués par le requérant ; enfin, l'office du juge de la légalité est beaucoup plus contraint que celui du juge du plein contentieux contractuel. Ces raisons sont celles qui vous ont conduits à ouvrir aux tiers un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat plutôt que d'étendre aux contrats le recours pour excès de pouvoir.

Par conséquent, maintenir le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat, dont la légalité dépend notamment, ainsi que cela ressort expressément de la décision SA LIC, de celle du contrat, et dont l'annulation implique en principe la résiliation du contrat, revient à permettre à n'importe quel tiers y trouvant quelque intérêt de remettre en cause à tout moment

l'existence du contrat alors même qu'il ne serait pas ou plus recevable à en contester directement la validité, contrairement à l'objectif de sécurisation du contrat dans ses éléments constitutifs après l'expiration des délais de recours à son encontre visé par la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. L'éventualité de ce recours fait ainsi peser sur le contrat la même menace que celle que faisait peser l'annulation de l'acte détachable relatif à sa passation à partir du moment où le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif lui a fait perdre son effet platonique.

Les circonstances de la présente affaire illustrent parfaitement ce risque : Le Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT) a été constitué en 2000 entre plusieurs collectivités et établissements publics de coopération intercommunale des départements de la Seine-Maritime et de la Somme pour poursuivre l'exploitation de la liaison maritime entre Dieppe et Newhaven, à la suite du départ de la société P&O. Après l'avoir exploitée en régie, le syndicat en a confié l'exploitation à la société Louis Dreyfus Armateurs, par une convention du 29 décembre 2006, pour une durée de 8 ans, ultérieurement prolongée pour trois ans. En novembre 2010, les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel group Ltd, qui exploitent, à presque 200 km de Dieppe, sous la dénomination Eurotunnel, le tunnel sous la Manche, ont demandé au Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche de résilier cette convention. N'ayant pas obtenu de réponse, ils ont contesté cette décision implicite de rejet devant le TA de Rouen qui a rejeté leur demande, puis devant la CAA de Douai qui y a fait droit au motif que le contrat était en réalité un marché public qui ne pouvait être légalement passé selon les règles applicables aux délégations de service public. Elle a enjoint au Syndicat mixte de résilier la convention dans un délai de six mois. Vous avez, à la demande du Syndicat requérant, ordonné le sursis à exécution de cet arrêt.

Si la qualification juridique de la convention sur laquelle repose l'arrêt est critiquée par le syndicat requérant, il ne conteste aucunement le principe même d'une appréciation de la légalité de la décision de refus de résilier la convention à l'aune de la régularité de cette dernière. Un tel contrôle résulte de la décision SA LIC qui assimile décision de conclure et décision de maintenir le contrat et dont les motifs sont entièrement consacrés au droit du ministre de le conclure.

Or le moyen que la cour a retenu pour annuler le refus de résilier le contrat et enjoindre à la personne publique de le faire aurait été écarté comme inopérant par le juge du contrat saisi d'un recours des mêmes requérants en contestation de la validité du contrat, dans le cadre de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. A supposer même que l'intérêt exclusivement commercial de ces requérants ait pu être regardé comme suffisamment direct et certain, l'irrégularité de la procédure de passation du contrat est sans rapport avec leur intérêt, dès lors qu'ils n'étaient ni candidats à l'attribution de la convention ni n'allèguent avoir été dissuadés de l'être du fait de l'irrégularité qu'ils invoquent. Par ailleurs, vous savez que l'application d'une procédure de sélection inapplicable n'est pas, sauf circonstances très particulières qui ne sont pas réunies en l'espèce, une irrégularité d'une gravité telle que le juge doive la relever d'office (voyez notamment CE, 12 janvier 2011, Société des autoroutes du nord et de l'est de la France, n° 332136, aux T sur ce point).

Il est vrai que la cour n'était pas tenue d'enjoindre au Syndicat de résilier la convention. Le juge de l'exécution dispose, selon la grille établie à propos de l'office du juge chargé de déterminer les effets de l'illégalité de l'acte détachable du contrat sur ce dernier (21 février 2011, Société Ophrys, p. 54), d'une certaine marge d'appréciation des conséquences à tirer de l'annulation qu'il a

prononcée : aucune régularisation n'étant en l'occurrence envisageable, il pouvait décider qu'un intérêt général faisait obstacle à la résiliation du contrat. Mais ces considérations d'intérêt général doivent être particulièrement fortes pour faire échec à un effet intrinsèque de l'annulation d'une décision, qui implique en principe qu'elle ne soit pas maintenue. La conséquence normale de la constatation que la personne publique ne pouvait légalement refuser de résilier est bien qu'elle doit le faire.

Même s'il ne se concrétise pas souvent, le risque que la jurisprudence SA LIC ne devienne une voie de contournement des règles de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat est certain et vous devez le conjurer, comme vous l'avez fait lorsque vous avez jugé que le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat d'une action en nullité du contrat n'était pas détachable des relations contractuelles, afin que les tiers ne puissent utiliser cette voie pour obtenir l'annulation du contrat, qui n'était alors accessible qu'aux parties et aux candidats évincés (CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunellois et autres, n° 293836, au rec).

Nous ne vous proposerons pas, pour ce faire, de supprimer ce recours, mais de l'adapter. En effet, l'ouverture aux tiers d'un recours contre le contrat lui-même ne nous paraît pas conduire à leur fermer toute possibilité de contester le refus de le résilier. A cet égard, si un contrat administratif est évidemment source de droits, il n'est pas assimilable à un acte individuel créateur de droits, ni par conséquent sa résiliation à une abrogation. Ne serait-ce que parce qu'un acte individuel créateur de droits devenu définitif ne peut être abrogé, y compris s'il est illégal ou si un changement des circonstances de droit et de fait l'a rendu tel (Sect, 30 novembre 1990, Association « Les Verts », p. 339 ; CE, 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A8, n° 202209, aux T, concernant un acte d'approbation d'un contrat), alors que la personne publique cocontractante peut toujours, à tout moment, décider la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ou à titre de sanction des fautes graves commises par le cocontractant dans l'exécution du contrat.

Vous savez qu'il s'agit d'une prérogative de puissance publique dont elle dispose indépendamment des clauses du contrat et à laquelle elle ne peut contractuellement renoncer (CE, 6 mai 1985, Association Eurolat, p. 141).

Dès lors que la personne publique dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale des contrats auxquels elle est partie pour des motifs qui, pour certains, dépassent la conduite des relations contractuelles et ne sont ni nécessairement ni généralement tirés de l'irrégularité du contrat, il apparaît à la fois légitime que l'exercice de ce pouvoir puisse être contrôlé par un juge, même si ce contrôle sera le plus souvent très distancé, et qu'il puisse l'être à la demande d'un tiers. Comme nous l'avons dit, et votre décision SA LIC est fondée sur cette idée, le refus de résilier un contrat exprime une décision de même nature que celle de le conclure, mais dont l'objet, qui porte sur la poursuite de l'exécution du contrat, et les circonstances de droit et de fait dans lesquelles elle est prise, sont différents, de sorte que les motifs qui justifiaient la conclusion d'un contrat ne sont pas toujours ceux qui justifient son maintien. Dès lors, les tiers peuvent avoir tout autant intérêt à contester la poursuite de l'exécution du contrat que sa conclusion et le recours contre le contrat ne permet pas de contrôler le choix postérieur de la personne publique d'en poursuivre l'exécution.

Si vous partagez cet avis, il vous reviendra de définir les règles applicables au recours des tiers auxquels aura été opposé un refus de la personne publique cocontractante de résilier les contrats

administratifs auxquels elles sont parties. Le refus de résilier un contrat de droit privé demeure quant à lui détachable de l'exécution de ce contrat, dont le juge n'est pas le juge administratif, et susceptible de recours pour excès de pouvoir.

La nécessité d'insérer harmonieusement ce recours dans l'ensemble du contentieux contractuel conduit à en définir les règles par référence au recours des tiers en contestation de la validité du contrat, puisqu'il porte sur une décision dont l'objet est substantiellement proche et concerne une même catégorie de requérants, tout en les adaptant à la spécificité de son objet qui porte sur la décision de poursuivre l'exécution du contrat.

Comme vous l'avez fait pour le recours en contestation de la validité du contrat, il convient de diriger ce recours vers le juge du contrat, qui est le mieux outillé pour y statuer, et de le recentrer sur l'objectif recherché par le requérant, qui est d'obtenir la cessation de l'exécution du contrat.

Le tiers requérant devra d'abord la demander à la personne publique cocontractante, afin de lier le contentieux, mais la décision de refus qui lui aura été opposée ne sera pas l'objet de son recours contentieux, comme lorsqu'il s'agissait de parvenir à la résiliation du contrat par la voie détournée de l'annulation de l'acte détachable suivie d'une injonction de résilier le contrat. La contestation du refus de résiliation qui aura été opposé au tiers ne sera que le vecteur de conclusions qui tendront à ce que le juge du contrat, juge de pleine juridiction qui dispose de ce pouvoir, prononce la résiliation du contrat. Ce ne sera pas la première fois que vous fusionnez ainsi des conclusions aux fins d'annulation et d'injonction pour définir, dans le cadre d'un contentieux devenu de pleine juridiction, l'office du juge en fonction de ces dernières (voyez, par exemple, en matière de démolition d'ouvrage public mal planté : CE, 13 février 2009, Cté de cnes du canton de Saint-Malo de la Lande, n° 295885, aux T). Mais ce schéma est surtout celui que vous avez élaboré par votre décision de Section du 21 mars 2011, cne de Béziers (n° 304806) pour le recours d'une partie au contrat contre une décision de résiliation : la contestation de la validité de la mesure de résiliation n'est que l'occasion d'un recours qui tend à la reprise des relations contractuelles. Nous dirons donc en paraphrasant notre collègue Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions sur cette décision, que le coeur de l'office du juge est ici de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non se poursuivre.

Comme vous l'avez admis dans le cadre de la contestation de la validité du contrat, les tiers pourront demander en référé, à l'occasion du refus qui leur aura été opposé de résilier le contrat, la suspension de l'exécution du contrat. Le référé pourra produire ici plus d'effets que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, où il ne pouvait conduire qu'à suspendre l'exécution du refus de résiliation et à obliger l'administration à réexaminer la demande de résiliation (CE, 8 décembre 2004, sté Eiffel distribution, précitée). La suspension de l'exécution du contrat peut avoir des conséquences importantes sur les droits des parties et sur la gestion du service à laquelle il concourrait. La perturbation qu'elle cause dans les relations contractuelles est même presque plus forte lorsque leur interruption est temporaire. Mais ces effets ne sont cependant pas substantiellement différents de ceux qu'entraîne la suspension de l'exécution du contrat dans le cadre de l'application de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne. Dans tous les cas, il appartiendra au juge des référés d'en tenir compte dans l'appréciation de l'urgence qui, comme vous le savez, consiste à mettre en balance les différents intérêts en présence. Il le fera dans le cadre de son office particulier qui est de décider si la résiliation s'impose. Nous ne pensons pas que leur éventualité doive, par elle-même, conduire à exclure cette

décision du champ du référé suspension, ce que vous n'avez jamais fait pour aucune décision.

Enfin, le requérant pourra présenter des conclusions indemnitaires tendant à la réparation du préjudice que lui causerait le maintien du contrat au cas où le juge le déciderait malgré l'illégalité de la décision de refus de le résilier.

S'agissant des conditions de recevabilité du recours en résiliation du contrat, le parallélisme entre ce recours et le recours en contestation de la validité du contrat qui résulte de ce qu'ils tendent tous deux à remettre en cause un contrat conclu conduit à transposer au premier les conditions tenant à l'intérêt pour agir dégagées pour le second. En effet, l'exigence, selon les termes de votre décision Département de Tarn-et-Garonne, que le tiers requérant justifie « être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par le contrat est une composante essentielle de l'équilibre entre la légalité et la stabilité des relations contractuelles, qui ne doivent pas être placées sous la menace permanente d'un recours contentieux. Cet équilibre s'impose également voire de encore plus fortement au cours de l'exécution du contrat, qui n'a pas été contesté en temps utile ou l'a été sans succès, et dont les parties doivent pouvoir compter sur un environnement juridique qui garantisse qu'il sera normalement conduit à son terme. Il convient donc de réserver aux seuls tiers justifiant d'une atteinte directe à des intérêts suffisamment sérieux la possibilité d'en perturber le cours. Cette exigence s'appréciera au regard des conséquences pour les intérêts dont se prévaut le tiers de la poursuite de l'exécution d'un contrat. Ces intérêts ne seront donc pas nécessairement les mêmes que ceux susceptibles d'être lésés par la conclusion du contrat.

Comme vous l'avez fait pour la contestation de la validité du contrat, vous devrez faire une exception à cette exigence particulière en ce qui concerne l'intérêt pour agir du représentant de l'Etat, qui doit lui être reconnu du seul fait de sa mission constitutionnelle de contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales.

L'extension de cette exception aux membres des organes délibérants des collectivités territoriales pourrait être davantage discutée. Vous l'avez prévue s'agissant du recours en contestation de la validité du contrat car l'assemblée délibérante se prononce toujours sur la conclusion du contrat et que vous reconnaissez de manière générale aux membres des assemblées délibérantes un intérêt pour agir contre leurs délibérations. Or le refus de résilier le contrat ne donne pas toujours lieu à une délibération de l'assemblée de la collectivité. Cette différence ne nous paraît cependant pas de nature à prévaloir sur la similitude d'objet des recours et à introduire une distinction source de complexité.

La mise en oeuvre du délai de recours de deux mois, règle d'application désormais générale, ne présente aucune difficulté en présence d'une décision provoquée : il courra à compter de la notification d'une décision expresse ou de la naissance d'une décision implicite, dans les conditions du droit commun.

Conformément à l'objet du recours, qui ne porte plus sur la légalité d'une décision et à l'office du juge qui en découle, les moyens qui pourront être utilement invoqués seront ceux tendant à établir non seulement que la personne publique ne pouvait refuser de mettre fin à l'exécution du contrat mais encore et surtout que le juge doit décider de le faire. La fusion des conclusions en annulation et aux fins d'injonction dans ce nouveau recours en résiliation du contrat ne rend utiles que les moyens qui antérieurement auraient justifié une injonction de résilier le contrat.

Ainsi, et en premier lieu, seront inopérants les moyens relevant de la régularité externe de la décision de refus de résiliation. En deuxième lieu, seules les irrégularités du contrat initial qui font en principe obstacle à la poursuite de son exécution devraient pouvoir être invoquées à l'appui d'une demande tendant à sa résiliation. Les vices ayant un tel effet tiennent, selon les formulations de vos décisions les plus récentes, au caractère illicite du contenu du contrat, à l'existence d'un vice du consentement ou à une irrégularité d'une particulière gravité. Précisons qu'ils ne doivent pas avoir été régularisés et que les manquements aux règles de passation ne font pas partie de ces irrégularités, sauf, pour le dire rapidement, au cas tout à fait exceptionnel où ils seraient susceptibles de recevoir une qualification pénale. Ces vices d'une particulière gravité – pensons par exemple à une convention qui déléguerait des missions de police administrative – font en principe obstacle à l'exécution du contrat, tant pour la personne publique que pour le juge. La première est fondée à résilier le contrat qui serait entaché d'une telle irrégularité. Vous avez ainsi jugé que la nécessité de mettre fin à une délégation de service public dont la durée dépassait la durée légale constituait un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale (CE, 7 mai 2013, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043, au rec) et que ne commettait aucune faute la personne publique qui résiliait un contrat reconduit en exécution d'une clause de tacite reconduction illicite (CE, 17 octobre 2016, cne de Villeneuve-le-Roi, n° 398131, aux T sur ce point). De son côté, le juge ne peut appliquer un contrat entaché d'une telle irrégularité, quel que soit le cadre dans lequel il est saisi : ces irrégularités sont d'ordre public tant pour le juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat par un tiers (Département de Tarn-et-Garonne) ou par une partie (Ass, 28 déc 2009, cne de Béziers, précitée) que pour le juge saisi par une partie d'un litige relatif à l'exécution du contrat, qui doit alors écarter le contrat et régler le litige sur un terrain non contractuel (même décision).

Un tel vice fait également obstacle à ce que le juge du contrat ordonne la reprise des relations contractuelles, quels que soient les vices entachant la mesure de résiliation (CE, 1er octobre 2013, Sté Espace Habitat Construction, n° 349099, aux T sur ce point). Le juge du contrat ne pouvant prendre une décision ayant pour effet le maintien d'un contrat entaché d'un tel vice, il doit pouvoir, à l'occasion d'un recours contre le refus de le résilier, soulever d'office ce moyen qui conduira en principe à y mettre un terme. Dès lors que le juge peut se saisir d'office d'un tel moyen, il en devient nécessairement opérant pour le requérant.

En dehors de ces vices d'ordre public, les autres irrégularités dont celui-ci serait entaché ne devraient pas pouvoir être utilement invoquées à l'appui d'un recours en contestation du refus de résiliation. En effet, ces irrégularités, qui ne font donc pas obstacle à l'exécution du contrat, ont pu être invoquées à l'occasion du recours en contestation de la validité du contrat, désormais ouverte aux tiers. Dès lors qu'il existe une voie de recours qui permet à ces derniers de remettre directement en cause le contrat lors de sa conclusion et pendant un certain délai, c'est cette voie qui doit être utilisée pour contester l'existence même du contrat et les modalités de sa conclusion. La possibilité de faire valoir les mêmes irrégularités du contrat à l'occasion de la contestation de différents actes détachables ne présentait, à l'époque de la jurisprudence SA LIC, guère d'inconvénients, la sécurité juridique du contrat étant garantie par l'effet platonique de l'éventuelle annulation de l'acte détachable. Mais permettre aujourd'hui aux tiers d'invoquer toute irrégularité du contrat à tout moment de son exécution présenterait exactement les mêmes inconvénients que le maintien du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

Ce sont en troisième lieu et essentiellement les changements de circonstances de droit ou de fait survenus au cours de l'exécution du contrat qui pourront être invoqués à l'occasion du recours contre le refus d'en faire usage. En effet, c'est parce qu'ils modifient les conditions d'exécution du contrat ou ses finalités, ils sont susceptibles de conduire la personne publique à faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale. Et c'est parce que la poursuite de l'exécution du contrat dans ces circonstances nouvelles peut compromettre des intérêts généraux qui dépassent ceux des parties contractantes et que les liens contractuels ne sauraient empêcher la personne publique de satisfaire, qu'une voie de recours doit être ouverte aux tiers pour leur permettre de les faire valoir et, s'ils apparaissent prééminents, prévaloir sur la volonté de la personne publique de poursuivre l'exécution du contrat.

L'objet du débat contentieux étant la nécessité de mettre un terme à l'exécution du contrat, la personne publique pourra invoquer de nouveaux motifs justifiant sa poursuite, comme elle peut le faire pour justifier une mesure de résiliation contestée par le cocontractant en application de la jurisprudence Béziers II. Des modifications du droit applicable au contrat, légalement conclu, peuvent tout d'abord faire obstacle à la poursuite de son exécution : les exemples sont rares car en principe la règle nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours (Sect, 29 janvier 1971, Emery et Barbier, p. 80 ; Ass, 8 avril 2009, cne d'Olivet, n° 271737, p. 116). Mais vous savez que cela peut arriver lorsque le législateur, seul compétent pour porter atteinte à la liberté contractuelle, l'a expressément ou implicitement prévu en raison d'impératifs d'ordre public (CC, 98-401 DC du 10 juin 1998 ; Ass, 8 avril 2009, cne d'Olivet, précitée).

Vous avez jugé par votre décision cne d'Olivet que l'application immédiate aux délégations de service public de la loi limitant leur durée avait pour conséquence de rendre irrégulière la poursuite de l'exécution de ces conventions au-delà de la durée maximale fixée par la loi, calculée à compter de son entrée en vigueur. Le même effet pourrait par exemple résulter de l'application immédiate d'une loi qui interdirait pour des motifs supérieurs de santé publique ou d'ordre public l'utilisation d'un produit ou l'exercice d'une activité.

Votre décision ne qualifie pas l'effet de l'application immédiate de la loi nouvelle sur les contrats, indiquant simplement que leur exécution régulière devient impossible, contrairement à votre rapporteur public qui évoquait leur caducité, qualification reprise par la majorité de la doctrine. La caducité se distinguerait de la résiliation en ce qu'elle ne résulte pas d'une décision de la personne publique mais du constat que les obligations contractuelles ont été en quelque sorte dissoutes du fait d'un événement extérieur. Il s'agit le plus souvent de la non réalisation d'une condition suspensive. Nous ne sommes persuadés ni que cette notion puisse rendre compte de la totalité des hypothèses d'impossibilité de poursuivre régulièrement l'exécution d'un contrat du fait de l'application immédiate d'une loi nouvelle ni qu'il soit véritablement utile d'y recourir. Même si la rupture des relations contractuelles est imposée par l'application immédiate d'une loi nouvelle, il nous semble que la personne publique doit toujours prendre la décision de l'appliquer en mettant fin au contrat.

Cette décision, qu'elle soit prise pour ce motif ou pour tout autre, a pour effet la résiliation du contrat ; il s'agit donc dans tous les cas d'une décision de résiliation, ce qui n'implique pas nécessairement, puisque tel est l'enjeu principal de la qualification, qu'elle ouvre droit à indemnisation du titulaire par la personne publique cocontractante. Ce droit ne dépend pas de la dénomination de l'acte qui formellement met fin aux relations

contractuelles mais de sa cause. Au regard du régime contentieux de la contestation d'un refus de mettre unilatéralement fin au contrat, il n'y a donc pas lieu de réserver un sort particulier, parmi les motifs qui peuvent ou doivent conduire la personne publique à le faire, à l'application immédiate de la loi nouvelle.

Les modifications des circonstances de fait, qui peuvent d'ailleurs parfois être mêlées de droit, susceptibles de rendre l'exécution du contrat contraire à des intérêts généraux, sont plus variées. Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples d'intérêts généraux justifiant que la personne publique prononce la résiliation unilatérale du contrat : la pollution d'un captage d'eau potable qui rend excessivement onéreuse la poursuite d'une concession (ce qui constitue un cas de force majeure justifiant sa résiliation : CE, 14 juin 2000, cne de Staffelfelden, n° 184722, au rec) ; des modifications dans la répartition du capital social du concessionnaire entraînant des risques de conflit d'intérêts avec le concédant (31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, n° 126594, au rec) ; la disparition de la cause du contrat (27 février 2015, cne de Béziers, n° 357028, au rec) ; la volonté d'assurer une meilleure exploitation du service ou du domaine public (23 mai 2011, Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense, n° 328525, aux T). On peut également imaginer un contrat dont la poursuite de l'exécution apparaîtrait, à la lumière des développements technologiques ou scientifiques, très néfastes pour la santé ou l'environnement.

Nous n'avons cité ces décisions qu'à titre d'illustrations d'intérêts généraux qui, parce qu'ils sont de ceux qui justifient que la personne publique résilie la convention, pourront être invoqués par des tiers si elle refuse de le faire. Mais il est bien évident qu'il ne suffira pas d'invoquer un intérêt général qui aurait permis à la personne publique de résilier le contrat pour que le juge décide de cette résiliation contre la volonté de la personne publique. Il y a entre le contrôle de ce que la personne publique peut faire dans l'intérêt général et de ce qu'elle doit faire pour le même motif une distance importante qui est celle de la marge de manoeuvre que vous laissez à la personne publique dans l'appréciation de l'intérêt général qui guide l'action publique. D'autant que pour décider la résiliation, le juge ne devra pas seulement tenir compte de la raison qui peut la rendre nécessaire ; il devra aussi vérifier qu'elle s'impose immédiatement, c'est-à-dire que la personne publique ne dispose, au regard des impératifs de l'intérêt général, d'aucune possibilité, matérielle et temporelle, de poursuivre l'exécution du contrat.

La résiliation unilatérale du contrat peut enfin également être prononcée à titre de sanction d'une faute commise par le cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette résiliation procède d'un pouvoir de la personne publique qui tient moins à sa nature publique, contrairement au pouvoir de résiliation dans l'intérêt général, qu'à sa qualité de cocontractante. La particularité des contrats administratifs sur ce point ne réside d'ailleurs pas tant dans le fait que la personne publique dispose d'un tel pouvoir de sanction que dans ce qu'elle est en principe la seule à en bénéficier. Dès lors qu'il s'agit d'une mesure intimement liée à l'exécution du contrat, les tiers, qui n'ont pas à s'immiscer dans la conduite des relations contractuelles et qui ne pouvaient d'ailleurs se prévaloir à l'encontre de l'acte détachable que de moyens de légalité, à l'exclusion de toute inexécution contractuelle, ne devraient pas pouvoir invoquer des fautes du cocontractant dans l'exécution du contrat au soutien de la contestation du refus de la personne publique de le résilier. Cette inopérance préservera également la marge de manoeuvre de la personne publique dans la conduite du contrat, qui n'intéresse pas les tiers lorsqu'elle n'affecte pas l'intérêt général.

On ne peut cependant exclure l'hypothèse d'inexécutions d'une gravité ou d'une portée telle qu'elles compromettent l'intérêt général. Mais c'est sous ce prisme que l'inexécution devra être invoquée et qu'il appartiendra au juge saisi par le tiers d'un refus de résiliation de l'appréhender et d'apprécier, toujours compte tenu de la marge d'appréciation dont bénéficie la personne publique sur ce point, si la sauvegarde d'un intérêt général impose la résiliation du contrat. Votre décision commune d'Erstein du 16 novembre 2016 (n° 401321, aux T) en offre une illustration dans le cas inverse d'une résiliation pour faute contestée par le cocontractant, délégataire d'un service public de camping, auquel étaient reprochées de nombreuses défaillances, notamment en matière de sécurité, d'entretien et de nettoyage, de collecte de la taxe de séjour, de réalisation des investissements, etc. : vous avez jugé que « si la société requérante soutient que les fautes commises n'auraient pas atteint un degré de gravité tel qu'il justifiait une résiliation à ses torts exclusifs, une reprise des relations contractuelles à titre provisoire serait, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général ».

Ces règles relatives aux vices pouvant être utilement invoqués à l'appui de la contestation du refus de résiliation doivent s'imposer à tous les requérants, puisqu'elles sont fondées sur l'objet du recours.

En revanche, la règle, posée pour le recours en contestation de la validité du contrat, selon laquelle le requérant ne peut utilement invoquer, outre les moyens d'ordre public, que des moyens en rapport avec son intérêt lésé, ne s'applique pas au représentant de l'Etat ni aux membres des assemblées délibérantes. Nous nous sommes demandé si, compte tenu du nombre relativement limité de moyens opérants, dont une partie est au demeurant d'ordre public, il était vraiment nécessaire d'importer ici cette exigence. Mais même si la précaution apparaît un peu excessive, elle participe d'un équilibre entre légalité et stabilité contractuelle qui s'impose avec au moins la même force au stade de l'exécution du contrat qu'à celui de sa conclusion.

L'office du juge du plein contentieux saisi du recours tendant à la résiliation du contrat sera plus simple que lorsqu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat car il ne devra se prononcer que sur la cessation de l'exécution du contrat, objet des conclusions qui lui sont présentées. Son office dépend du motif retenu pour justifier de mettre fin aux relations contractuelles. Nous avons vu que ces motifs peuvent être tirés soit d'une irrégularité d'ordre public du contrat, soit de changements de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de son exécution, soit d'un intérêt général rendant nécessaire sa résiliation.

Dans le premier cas, son office est identique à celui du juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat qui constate qu'il est entaché d'une irrégularité. Il devra tout d'abord vérifier si elle est régularisable, ce qui est par exemple le cas d'un contrat conclu sans que l'assemblée délibérante l'ait approuvé, expressément ni implicitement. Vous admettez en effet qu'elle puisse le faire à tout moment de l'exécution du contrat (CE 8 juin 2011, Commune de Divonne-les-Bains, n° 327515, au Recueil ; CE 10 avril 2015, Commune de Levallois-Perret, n° 370223, aux tables du Recueil). Il pourra alors inviter la personne publique à procéder à cette régularisation dans un délai déterminé.

Si l'irrégularité n'est pas régularisable ou ne l'a pas été, il devra alors en principe prononcer la résiliation du contrat, éventuellement avec effet différé, à moins qu'il estime qu'un intérêt général y fait obstacle. Il ressort en effet tant de vos décisions relatives à l'office du juge de l'exécution de l'annulation de l'acte détachable (CE, sté Ophrys, précitée ; 29

décembre 2014, cne d'Uchaux, n° 372477, au rec) que de votre décision Dépt de Tarn-et-Garonne que, même en présence d'une irrégularité d'ordre public du contrat, qui entraîne en principe son annulation, le juge peut ne pas la prononcer s'il estime que sa décision portera une atteinte excessive à l'intérêt général. Vous avez repris cette réserve dans l'énoncé de l'office du juge saisi de conclusions en reprise des relations contractuelles d'un contrat entaché d'une telle irrégularité (CE, 1er octobre 2013, sté Espace Habitat construction, précitée). S'il peut au premier abord paraître paradoxal que le juge du contrat puisse prendre une décision conduisant au maintien d'un contrat qu'il devrait écarter s'il était saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution (CE Ass, Cne de Béziers, 2009), on peut le comprendre dans la mesure où les contentieux n'ont pas le même objet : poursuivre l'exécution matérielle d'un contrat pour assurer la continuité du service public n'implique pas nécessairement d'en faire application pour déterminer les droits et obligations des parties.

Dans le deuxième cas, celui de l'intervention de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de l'exécution du contrat, il n'y a a priori pas matière à régularisation. On voit également mal quel intérêt général pourrait faire échec à l'application d'une loi qui commande la cessation d'une relation contractuelle. Si, dans un cas particulier, il apparaît nécessaire de laisser à la personne publique un délai pour s'y préparer, il semble plus adapté de différer le moment de la résiliation prononcée.

Dans le troisième cas, qui devrait être le plus fréquent, si l'on peut dire, la place de l'intérêt général est toute autre. Elle est la justification de la résiliation et non plus de ce qui pourrait éventuellement s'y opposer. La décision de prononcer la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général résultera d'une mise en balance des avantages et les inconvénients d'une telle mesure au regard des différents intérêts, publics comme privés, en présence, qui intègre les considérations qui, dans le premier cas, seraient de nature à justifier la poursuite du contrat malgré l'irrégularité grave dont il est entaché.

Plus efficace, mieux adaptée, cette voie de recours n'en demeurera pas moins aussi étroite que celle de l'acte détachable et ne sera probablement guère plus utilisée qu'elle. D'une part, les tiers susceptibles de remplir les conditions de recevabilité et d'opérance des moyens sont essentiellement ceux porteurs d'intérêts généraux, tels que, outre ceux dont l'intérêt est toujours reconnu, les usagers du service public, les contribuables locaux, les associations. En revanche, pour certaines catégories de tiers qui pouvaient faire valoir des intérêts particuliers à l'encontre de la conclusion du contrat, tels que les candidats évincés, la voie sera beaucoup plus étroite : non seulement ils devront démontrer un intérêt suffisamment direct et certain à obtenir la résiliation du contrat, qui ne pourra pas toujours être tiré d'une remise en concurrence, notamment lorsque la personne publique peut recourir à d'autres modalités de satisfaction de ses besoins, mais encore et surtout les vices en rapport avec leur intérêt, qui sont essentiellement liés à la passation du contrat, ne seront plus opérants à l'encontre du refus de le résilier.

D'autre part, les décisions de résiliation juridictionnelles devraient être exceptionnelles, car les situations qui peuvent y conduire le sont : les irrégularités d'ordre public sont heureusement rares; les changements de circonstances de droit immédiatement applicables aux contrats en cours également; enfin, comme nous l'avons dit, l'atteinte à un intérêt général devra être à la fois particulièrement manifeste et impérieux pour imposer la rupture d'un contrat légalement conclu contre la volonté des parties.

Telle est donc l'évolution jurisprudentielle à laquelle nous vous proposons de procéder pour les recours des tiers tendant à la

résiliation du contrat. Deux questions doivent encore être abordées, concernant son périmètre et son application dans le temps.

La question de son périmètre se pose compte tenu de la formulation de principe de la décision SA LIC, qui, si le recours portait sur un refus de résiliation, visait plus largement « tous les actes qui, bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Nous nous sommes donc demandé si vous deviez saisir l'occasion de la présente affaire pour traiter de l'ensemble des recours relatifs aux actes postérieurs à la conclusion du contrat actuellement susceptibles de recours pour excès de pouvoir de la part des tiers. A la réflexion, nous ne le pensons pas, car le contentieux de ces actes soulève des questions très différentes de celles que nous avons abordées.

Précisons tout d'abord que les actes dont le régime contentieux pourrait ainsi évoluer ne sont en réalité que ceux portant résiliation du contrat, dont vous avez jugé, par votre décision d'Assemblée du 2 février 1987, sté TV 6 (p. 29) qu'ils étaient pour les tiers détachables de l'exécution du contrat et pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Les mesures d'exécution du contrat proprement dites - telles que les ordres de service, les sanctions, les actes relatifs à la réception - ne sont pas susceptibles de recours, ni pour les parties, qui ne peuvent que demander l'indemnisation des préjudices qu'elles leur causent éventuellement (Section du 24 novembre 1972, Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, Rec., p. 753), ni pour les tiers (Sect, 14 février 1930, Cie de chemin de fer de la Turbie, p. 183 : mesure à objet purement financier ; CE, 19 mars 1997, Cne de Soisy-sous-Montmorency, p. 106). La question de leur régime contentieux n'est donc pas celle d'un abandon d'une théorie de la détachabilité qui ne leur a jamais été applicable que celle d'une évolution vers leur justiciabilité, que vous avez jusqu'à présent toujours très nettement exclue.

A l'opposé de ces actes trop intimement liés à l'exécution du contrat pour en être détachables figurent les mesures prises pour l'exécution des clauses réglementaires du contrat, qui, comme ces dernières, sont extérieures à la sphère contractuelle. Vous avez depuis longtemps reconnu aux tiers la possibilité de les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 21 décembre 1906, Syn du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, p. 962 ; CE, 13 oct 1976, SCI de la rue des Farges, p. 375 ; CE, 3 février 2012, cté d'agglomération de Villefranche-sur-Saone, n° 353250). De même que les clauses réglementaires, les décisions relatives à leur exécution doivent rester justiciables du recours pour excès.

Peuvent également être assimilées à des mesures réglementaires d'exécution du contrat les actes administratifs de portée générale pris par une autre autorité administrative, nécessaires à l'exécution d'un contrat, telle que la fixation par le préfet des emplacements de mobilier urbain, que vous avez qualifiés de détachables de la convention passée par la commune pour leur installation (Sect, 9 décembre 1983, ville de Paris, n° 30665, p. 499, concl. Genevois).

Enfin, les modifications du contrat ne présentent aucune particularité contentieuse : les modifications unilatérales constituent des mesures d'exécution du contrat qui, en l'état actuel de la jurisprudence, ne sont susceptibles d'aucun recours, ni des tiers, ni des parties. Les modifications conventionnelles, les avenants, en règle générale de plus grande portée, peuvent être contestés par la voie du recours en contestation de la validité du contrat.

La tentation de traiter complètement les actes détachables relatifs à l'exécution du contrat ne concerne donc que les décisions de résiliation du contrat. Elle est d'autant plus grande que la question semble à première vue symétrique de celle du refus de résiliation que vous allez régler et que la voie contentieuse vers laquelle serait redirigé ce recours existe déjà pour les parties, le recours en reprise des relations contractuelles institué par votre décision de Section de 2011, Cne de Béziers, précitée. Les tiers pourraient ainsi saisir le juge du contrat de conclusions tendant soit à la rupture des relations contractuelles, soit à leur maintien.

Mais cette symétrie n'est qu'apparente. Sans entrer dans le détail des arguments développés tant par votre commissaire du gouvernement dans ses conclusions contraires sur la décision sté TV 6 que par un certain nombre de commentateurs critiques de cette jurisprudence, nous pouvons simplement souligner que la décision de résilier un contrat est à la fois plus dépendante des relations contractuelles et plus étrangère aux intérêts des tiers que le refus de le résilier. Sur le premier point, il reste, comme l'indiquait Marc Fornacciari dans ses conclusions, « très difficilement admissible qu'un juge puisse être amené, à la demande d'un tiers, à annuler une résiliation, donc à faire revivre un contrat, non seulement contre la volonté de l'administration, mais encore, éventuellement, contre la volonté du cocontractant ». Sur le second, autant on perçoit bien que la poursuite de l'exécution d'un contrat administratif soit contraire à certains intérêts généraux et que des tiers puissent agir en justice pour les faire prévaloir contre la volonté de l'administration, autant on voit moins quels intérêts généraux peuvent imposer la poursuite d'une relation contractuelle particulière. Les tiers pourront toujours contester au nom de ces intérêts les nouvelles modalités de gestion du service.

Le coût très important de la résiliation de certains contrats de l'Etat, dont une actualité encore assez récente offre une illustration, ne suffira pas à donner un intérêt pour agir suffisant à des contribuables nationaux. Quant aux intérêts particuliers que certains tiers, tels que des sous-traitants, pourraient faire valoir pour obtenir la poursuite d'une relation contractuelle, il s'agit d'intérêts économiques invocables dans le cadre d'un recours indemnitaire et dont nous avons quelque difficulté à admettre qu'ils puissent prévaloir sur la volonté des parties au contrat de rompre leurs relations. Quoi qu'il en soit, ce bref aperçu des questions que pose le recours des tiers contre une décision de résiliation montre qu'il relève d'une problématique très différente de celle du refus de résiliation qui justifierait que l'on s'interroge sur le principe même d'un tel recours avant de le pérenniser en l'intégrant dans la nouvelle architecture des recours contractuels.

La dernière question d'ordre général à laquelle vous devrez répondre est celle de l'application dans le temps du nouveau régime contentieux des recours des tiers tendant à la cessation de l'exécution du contrat.

Si vous nous suivez pour adopter les règles que nous avons exposées, ce nouveau régime contentieux se distinguera du précédent sur deux plans. D'une part, il se traduira par un nouvel office du juge : le recours est porté devant un juge du plein contentieux et il tend au prononcé de la rupture des relations contractuelles, ce qui emporte des conséquences sur les moyens pouvant être utilement soulevés. D'autre part, il comportera de nouvelles conditions de recevabilité, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt pour agir.

Ces deux innovations n'ont pas la même portée quant à la détermination de leur application dans le temps. Selon une jurisprudence constante dont vos décisions du 18 juin 2014, SCI

Mounou et autres (n° 376113, au rec) et sté Batimalo et cne de Saint-Malo (n° 376760, au rec) offrent une parfaite illustration, les règles nouvelles qui gouvernent l'activité des juges, leurs compétences et leurs pouvoirs, en un mot leur office, sont d'application immédiate aux instances en cours (CE, 7 avril 1995, Grekos, n° 95153, au rec, à propos du pouvoir d'injonction) tandis que celles qui affectent la substance du droit au recours et les conditions de son exercice ne s'appliquent qu'aux recours formés après leur entrée en vigueur (Section, 13 nov. 1959, Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement c/ Sieur Bacqué, p. 593 ; SCI Mounou précitée à propos de règles plus strictes d'appréciation de l'intérêt pour agir).

Au regard de ces principes, se sont surtout les nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir des tiers contre les décisions portant refus de résiliation qui pourraient justifier de différer leur application. En effet, les autres caractéristiques de ce nouveau recours relèvent de l'office du juge, y compris les règles d'opérance des moyens.

Or ces nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir ne nous paraissent pas d'une importance telle que leur application immédiate porterait une atteinte à la substance du droit au recours. Tout d'abord, nous observons que votre maniement des principes régissant l'application dans le temps des règles de procédure n'est pas uniforme : vous avez moins de mal à écarter l'application immédiate d'une loi qui n'a pas prévu de mesures transitoires qu'à déroger à l'effet normal de l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle (CE, 7 octobre 2009, sté d'équipement de Tahiti et des îles, n° 309499, T. p. 738).

Les décisions que nous avons citées concernent des évolutions législatives ; en revanche, les évolutions jurisprudentielles du contentieux contractuel de ces dix dernières années ont été soit appliquées immédiatement aux litiges en cours, alors même qu'elles se traduisaient pour certaines catégories de requérants par des limitations des possibilités qu'ils avaient d'obtenir ce qu'ils demandaient (cas de l'action en reprise des relations contractuelles pour certains cocontractants), soit différées pour d'autres motifs que l'atteinte portée au droit au recours, dont vous avez au contraire expressément jugé qu'elle ne s'opposait pas à une application immédiate. Ainsi, votre décision dépt de Tarn-et-Garonne, comme avant elle la décision Tropic Travaux Signalisation, précise t-elle « qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours », un différé d'application étant néanmoins décidé pour garantir la sécurité juridique des relations contractuelles en cours.

Votre décision d'Assemblée du 13 juillet 2016, Czabaj (n° 387763), va encore plus loin puisque vous avez décidé d'opposer aux requérants dans les instances en cours le nouveau délai général de recours contre les décisions administratives individuelles que vous veniez d'instituer. Mais nous hésitons à faire de cette décision, sur ce point, une référence, tant elle était tributaire de la portée de la règle nouvelle, de sa finalité et de votre volonté d'éviter des effets d'aubaine.

L'application aux instances en cours des nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir que nous vous proposons d'adopter sera ensuite d'une portée limitée, en raison tant de leur contenu que des litiges auxquelles elles pourraient s'appliquer. Sur le premier point, il ne s'agit que de renforcer une exigence d'intérêt pour agir qui correspond à une tendance générale de votre jurisprudence. Elle peut être regardée comme compensée par l'ouverture d'un recours de plein contentieux, plus simple et efficace.

Sur le second point, le peu de litiges concernés par une application immédiate des règles de recevabilité d'un recours dont le nombre se compte, depuis un demi-siècle, sur les doigts d'une main, ne justifie pas davantage de déroger au principe de l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle.

Si vous nous suivez, vous ferez donc application de ces règles pour répondre au premier moyen du pourvoi du syndicat requérant qui critique l'appréciation portée par la Cour sur l'intérêt pour agir des sociétés exploitant le tunnel sous la Manche à l'encontre du refus qu'il leur a opposé de résilier la convention par laquelle il avait délégué l'exploitation de la liaison maritime Dieppe-Newhaven à la société Louis Dreyfus Armateurs. Les parties n'en seront pas surprises puisque vous les en aviez informé et qu'elles ont pu en débattre.

La Cour a estimé que leur intérêt commercial, « compte tenu de la situation de concurrence existant entre la liaison transmanche objet de la convention en litige et l'exploitation du tunnel sous la Manche » leur donnait qualité pour agir et qu'elles étaient « en outre à l'origine de la décision de refus dont elles demandent l'annulation ».

Ce second motif est entaché d'erreur de droit, le destinataire d'une décision de refus n'ayant intérêt à l'attaquer que s'il avait un intérêt suffisant à obtenir ce qu'il demandait (CE, 23 décembre 1987, Association "Les Amis du socialisme", n° 66624, aux T sur ce point ; CE, 4 février 2011, Conseil national de l'ordre des pédicures-podologues, n° 331151, aux T). Mais il est surabondant et d'ailleurs non critiqué.

Le premier est en revanche contesté, à raison nous semble-t-il, sous l'angle de la qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (9 décembre 1996, Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais, Rec. p. 479 ; 30 juillet 1997, Sté nouvelle étude Berry et Attali, T p. 1041). En effet, l'intérêt dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous la Manche ne nous paraît pas susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution de la convention de délégation dont elles demandent la résiliation.

Cet intérêt est uniquement celui de la concurrence qui existerait entre ces deux moyens de relier le nord de la France au sud du Royaume-Uni.

L'intérêt à empêcher le développement d'une activité concurrente n'est pas exclu par principe : vous l'avez admis pour juger recevable le recours pour excès de pouvoir formé par un tiers contre le refus de résilier une convention d'aménagement destinée à permettre l'installation d'un concurrent (CE, 8 décembre 2004, sté Eiffel distribution, précitée) ou contre une délibération accordant une aide publique indirecte à un commerçant concurrent (CE, 9 mai 2005, Société ID Toast, n° 258975). La condition tenant au caractère direct de l'intérêt implique toutefois qu'il soit en rapport avec l'acte attaqué, afin d'éviter toute instrumentalisation du recours en excès de pouvoir : ainsi, le commerçant voisin d'une autorisation d'urbanisme accordée à un autre commerçant ne pourra se contenter de se prévaloir pour en demander l'annulation de la concurrence qui résulterait de la proximité géographique des établissements commerciaux mais devra également indiquer en quoi les caractéristiques particulières de la construction envisagée sont de nature à affecter par elles-mêmes les conditions d'exploitation de son commerce (CE, 22 févr. 2002, Sté France Quick SA, n° 216088, aux T ; BJDU 2003, p. 50, concl. Piveteau).

Au cas d'espèce, il existe certainement une situation de concurrence potentielle entre les différents modes de transport

pour traverser La Manche. Mais la concurrence que représente pour les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche la liaison maritime transmanche déléguée par le syndicat requérant ne nous paraît pas d'une importance telle qu'elle soit susceptible de léser leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Tout d'abord, compte tenu de leurs caractéristiques, ces deux liaisons ne nous semblent pas être en concurrence directe : elles ont lieu à près de 200 km de distance ; les modes de transport sont différents ; la fréquence, seuls deux navires effectuant la traversée maritime, les temps de trajet, 4 heures par la mer, 35 minutes par le train, et les coûts également. La majorité des clients de la liaison maritime sont des habitants de la région, alors que la ligne ferroviaire relie notamment directement des capitales européennes et assure un fret routier européen.

Ensuite, c'est jusqu'à présent, et il n'y a aucune raison que cela change, le tunnel sous La Manche qui a fait concurrence aux liaisons maritimes, au point de les faire pratiquement disparaître, et non l'inverse. Les sociétés demanderesse de première instance n'apportent d'ailleurs aucun élément de nature à établir que durant les quatre années d'exécution du contrat dont elles demandent la résiliation, il aurait eu le moindre impact sur la fréquentation du service qu'elles exploitent.

Nous pensons donc que l'intérêt commercial dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche n'est pas directement susceptible d'être lésé par la poursuite de l'exécution du contrat. Nous serions arrivés à la même conclusion pour apprécier leur intérêt pour agir dans le cadre antérieur du recours pour excès de pouvoir, alors même qu'elle y est en principe moins rigoureuse.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt attaqué et, réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel formé par les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group LTD, non pas au fond comme l'a fait le tribunal, mais, ce qui sera beaucoup plus rapide, en raison de leur absence d'intérêt pour agir.

Ajoutons pour parfaire l'illustration du nouveau régime de ce recours que les moyens soulevés par les sociétés demanderesse, tous tirés d'irrégularités de la procédure de passation de la convention initiales, sont doublement inopérants : d'une part, ces moyens sont sans rapport avec l'intérêt dont elles se prévalent, qui n'est pas concerné par le respect des règles de transparence et de mise en concurrence. D'autre part, ces irrégularités, qui ne sont pas d'une gravité telle que le juge doive les relever d'office, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à la résiliation du contrat.

Vous pourrez enfin mettre à la charge des sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group le versement d'une somme de 1 500 euros chacune au SMPAT au titre des frais exposés.

Référence 5 : CE, 9 février 2018, Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 10 novembre 2016 et 24 mai 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande du président de la communauté d'agglomération du 7 juillet 2016

tendant à l'abrogation des annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention passée entre l'Etat et la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes introduit par l'avenant n° 12 approuvé par décret n° 2015-1046 du 21 août 2015 approuvant des avenants aux conventions passées, d'une part, entre l'Etat et la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France et, d'autre part, entre l'Etat et la Société des autoroutes Paris-Normandie pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes et aux cahiers des charges annexés à ces conventions ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre d'abroger les annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges ;

3°) de prononcer une astreinte de 10 000 euros par jour de retard à compter de la date fixée par la décision à intervenir ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la voirie routière ;
- le décret n° 2015-1046 du 21 août 2015 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant que, par un courrier en date du 7 juillet 2016, le président de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération a demandé au Premier ministre d'abroger les annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention, approuvée par décret du 29 octobre 1990, passée entre l'Etat et la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes, au motif que ces annexes ne prévoient pas la réalisation du barreau de liaison entre l'autoroute A4 et la RN 36 déclarée d'utilité publique par un arrêté préfectoral du 27 juillet 2012 ; que les dispositions de ces annexes, relatives à la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers, ont été introduites par le douzième avenant à cette convention, lui-même approuvé par décret du 21 août 2015 ; que la présente requête tend à l'annulation pour excès de pouvoir du refus implicite opposé par le Premier ministre à cette demande ;

2. Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, un tiers à un contrat est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts ; qu'il est également recevable à demander, par la même voie, l'annulation du refus d'abroger de telles clauses à raison de leur illégalité ; que, d'autre part, il appartient à toute personne y ayant intérêt de contester par la voie de l'excès de pouvoir une décision autorisant l'exécution de travaux autoroutiers ;

3. Considérant, d'une part, que revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public ; que, s'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent

l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé ; qu'en revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ;

4. Considérant que les stipulations contestées des annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention de concession autoroutière en cause, qui portent sur la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers et déterminent les conditions de réalisation d'un aménagement complémentaire à cet échangeur, et sont ainsi relatives à la réalisation d'ouvrages, ne présentent pas un caractère réglementaire ; que, dès lors, les conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger ces dispositions sont irrecevables ;

5. Considérant, d'autre part, que si les stipulations de l'avenant à la convention de concession litigieuse révèlent, au plus tard à la date à laquelle cet avenant a été approuvé par le décret du 21 août 2015, la décision par laquelle la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a autorisé la SANEF à exécuter les travaux nécessaires à la réalisation d'une bretelle de sortie de l'autoroute A4 au niveau de l'échangeur n° 14, une telle mesure, qui ne constitue pas une décision réglementaire et ne présente pas davantage le caractère d'une décision administrative individuelle, ne pouvait être contestée par la voie contentieuse au-delà du délai de recours de droit commun de deux mois à compter de sa publication ; que le décret approuvant l'avenant litigieux a été publié au Journal officiel le 23 août 2015 ; que dès lors, si la présente requête, qui est dirigée contre le rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande que lui a adressée le président de la communauté d'agglomération le 7 juillet 2016, tend également à contester la décision ministérielle d'autorisation de travaux, de telles conclusions ne peuvent qu'être rejetées comme tardives ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération doit être rejetée, y compris ses conclusions à fin d'injonction et celles présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération, au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire et à la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France.

Copie en sera transmise au Premier ministre et à la Société des autoroutes Paris-Normandie.