

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.
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.
GOURDOU (J.), « Béziers II » : du grésilleme 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.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Ccass. Ch. Com., 6 mars 2019, n°16-25117
Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon
Référence 3 : CE, 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon, n°412243
Référence 4 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 novembre 2019, Société Cerba
Référence 5 : CE, 9 novembre 2019, Société Cerba, n°420654
Référence 6 : Conclusions du rapporteur public sur CE 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte
Référence 7 : CE 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n°413584
Référence 8 : 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, 1^{er} décembre 1976, Berezowski,
CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens,
CE Sect., 6 avril 2007, Centre hospitalier général Boulogne-Sur-Mer,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation
Le juge administratif depuis Tarn et Garonne

Épreuve pratique : commentaire
CE 9 février 2018 Communauté Agglomération Val d'Europe n°404982 (document n°8)

Référence 1 : Ccass. Ch. Com., 6 mars 2019, n° 16-25117

Statuant sur le pourvoi formé par la commune de Carrières-sur-Seine, agissant en la personne de son maire en exercice, domicilié en cette qualité hôtel de ville, 1 rue Victor Hugo, 78420 Carrières-sur-Seine, contre l'arrêt rendu le 21 septembre 2016 par la cour d'appel de Versailles (16e chambre), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Dexia crédit local, société anonyme, dont le siège est [...],

2°/ à la société Caisse française de financement local (Caffil), société anonyme,

3°/ à la Société de financement local (Sfil), société anonyme, ayant toutes deux leur siège [...], défenderesses à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 29 janvier 2019, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Remeniéras, conseiller rapporteur, M. Rémy, conseiller doyen, M. Guérin, Mmes Vallansan, Graff-Daudret, Vaissette, Béval, Fontaine, conseillers, Mme Schmidt, M. Guerlot, Mmes Barbot, Brahic-Lambrey, M. Blanc, Mmes Kass-Danno, Lion, conseillers référendaires, M. Le Mesle, premier avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Remeniéras, conseiller, les observations de la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat de la commune de Carrières-sur-Seine, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Dexia crédit local, de la SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat de la société Caisse française de financement local et de la Société de financement local, l'avis de M. Le Mesle, premier avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen, pris en ses première et quatrième branches :

Vu l'article 1108 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'une proposition de refinancement de deux prêts souscrits en 2002 et 2006, la société Dexia crédit local (la banque), agissant pour elle-même et sa filiale, la société Dexia Municipal Agency, devenue la société Caisse française de financement local (la société Caffil), a consenti deux prêts en 2007 à la commune de Carrières-sur-Seine (la commune), représentée par son maire en exercice ; que prétendant que le maire n'avait pas été régulièrement chargé par délégation du conseil municipal de conclure les contrats de prêt, la commune a assigné la banque en annulation de ces contrats et, subsidiairement, en responsabilité ; qu'elle a appelé la société Caffil en intervention forcée ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la commune, après avoir retenu que la délibération du conseil municipal n'avait pas

valablement opéré délégation de compétence au maire pour conclure les emprunts litigieux, l'arrêt énonce que les dispositions de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales ne constituent pas des règles d'ordre public dont l'inobservation entraîne la nullité absolue des contrats puis relève diverses circonstances, qu'il décrit, établissant que le conseil municipal a donné son accord a posteriori à la conclusion des contrats litigieux ; qu'il en déduit qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le vice résultant de l'absence d'autorisation préalable à la signature des contrats ne peut être regardé comme suffisamment grave pour justifier leur annulation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat de droit privé conclu au nom d'une commune est sanctionnée par la nullité absolue, laquelle ne peut être couverte par la confirmation du contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 septembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, 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 Paris ;

Condamne la société Dexia crédit local aux 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 cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du six mars deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat aux Conseils, pour la commune de Carrières-sur-Seine

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR constaté que la commune de Carrières-sur-Seine a été valablement engagée par la souscription des deux contrats souscrits le 25 juin 2007 avec la société Dexia Crédit Local et d'AVOIR débouté la commune de son action en nullité des contrats de prêt ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE la délibération adoptée par le conseil municipal le 17 septembre 2002 se limite à reproduire le texte de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales et plus précisément les dispositions contenues au 3° de ces dispositions ; qu'or, si la circulaire du 4 avril 2003 n'a pas de valeur normative et ne s'impose donc pas au juge judiciaire, il n'en demeure pas moins que la loi, dans l'article précité, impose au conseil municipal de préciser dans la délégation donnée au maire "les limites fixées par le conseil" à la réalisation des emprunts destinés au financement des investissements prévus au budget de la ville ; qu'ainsi, en ne mentionnant pas les caractéristiques principales des contrats de prêt pouvant être souscrits par le maire, à savoir notamment le montant des prêts, leur durée, leur taux et leur caractère variable ou fixe, la délibération du conseil municipal de la commune de Carrières-

sur-Seine n'a pas valablement opéré délégation de compétence au maire de la commune pour conclure les contrats de prêt litigieux ; que, cependant, la délibération du 17 septembre 2002 ainsi que la décision du maire du 22 mai 2007 de contracter les emprunts litigieux ont été publiées et transmises à la sous-préfecture ; qu'au surplus, les sommes correspondantes ont été versées par la société DEXIA à la commune et portées à son budget, de même que les budgets annuels successifs votés par le conseil municipal de la commune de Carrières-sur-Seine comportent le montant des remboursements devant être opérés par la commune au titre de ces contrats ; que, par ailleurs, les nombreux courriers adressés par la commune à la société DEXIA en 2008 et 2009 ne comportent aucune réserve ou contestation de sa part sur l'existence de son consentement, pas davantage que sa délibération du 17 octobre 2011 autorisant le maire à ester en justice ; que le conseil municipal doit donc être regardé comme ayant, en l'espèce, donné son accord a posteriori à la conclusion du contrat en litige de sorte, qu'eu égard à l'exigence de loyauté contractuelle, l'absence d'autorisation préalable à la signature du contrat donné par l'assemblée délibérante, ne saurait être regardée comme un vice d'une gravité telle que les contrats doivent être annulés ; qu'en outre, les dispositions de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, qui ne concernent que la validité du mandat donné à un maire, ne constituent pas des règles d'ordre public entraînant la nullité absolue des contrats souscrits ; qu'il convient donc de confirmer la décision des premiers juges en ce qu'elle a retenu que la commune est valablement engagée par les actes de prêts conclus par le maire de la commune le 22 mai 2007 et de débouter la commune de Carrières-sur-Seine de sa demande en nullité des prêts ;

ET AUX MOTIFS DU TRIBUNAL QUE sur la validité de la délibération du 17 septembre 2002, il résulte clairement de l'article L. 2122-22 et de la circulaire du 4 avril 2003 précitée que la décision de recourir à l'emprunt et de déterminer ses conditions financières essentielles relève en principe de la compétence de la commune ; que celle-ci peut toutefois déléguer sa compétence au maire en précisant l'étendue des pouvoirs délégués ; qu'à cet égard, la circulaire précise que les délégations trop larges qui ne fixent pas de limites au champ des pouvoirs délégués peuvent être sanctionnées par le juge administratif ; qu'elle prend pour exemple de délégation illégale une délégation qui, comme en l'espèce, se réduirait à retranscrire le texte des articles de loi ; qu'elle préconise que soient fixées les grandes caractéristiques des contrats, tels, en toute ou partie, le montant de l'emprunt, sa durée son taux, son caractère variable ou fixe etc. ; que ces préconisations n'ont certes pas valeur réglementaire, comme le souligne à juste titre les défenderesses, mais sont conformes à une jurisprudence établie du Conseil d'Etat selon laquelle un acte de délégation qui ne définit pas avec une précision suffisante les limites de la délégation doit être regardé comme illégal ou sans effet (cf. CE 2 février 2000, Commune de Saint-Joseph, à propos d'une délégation d'un conseil municipal ; mais aussi CE 12 mars 1975, Commune des Loges Margueron à propos d'une délégation du maire à l'un de ses adjoints) ; que force est de constater, en l'espèce, que la délibération contestée ne comprend aucune limite, qu'elle ne peut donc être regardée comme ayant valablement opéré délégation de compétence, et que l'acte passé par le maire en application de ladite délégation doit être considéré comme ayant été accompli sans pouvoir ; qu'il convient dès lors d'examiner les conséquences de cette absence de pouvoir sur la validité des contrats de prêt ; que, sur les conséquences de l'absence de pouvoir du maire, le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle ou en son nom ; que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant

que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs ; que malgré l'absence de délibération d'un conseil municipal, une commune peut ainsi être engagée par son maire qui a passé des contrats de droit privé en son nom ; qu'en effet, nonobstant l'absence d'un mandat au sens strict du terme entre un maire et le conseil municipal, existe entre eux un rapport de délégation de compétence ou de pouvoir analogue à celui liant le mandant à son mandataire ; que la théorie de l'apparence, dont la théorie du mandat apparent n'est qu'une déclinaison, est donc applicable dans ce cas ; qu'il convient également de rappeler qu'en application de l'article 1338 du code civil, l'exécution volontaire d'une obligation contre laquelle la loi admet une action en nullité peut valoir confirmation de cette obligation lorsque le débiteur exécute l'obligation après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée, qu'il connaît la cause de nullité et manifeste son intention de réparer le vice qui affecte l'obligation ; qu'en l'espèce, il est constant que la délibération du 17 décembre 2002 et la décision du 22 mai 2007 ont été publiées et transmises à la sous-préfecture ; qu'elles ont été expressément visées dans les contrats de prêt ; qu'elles n'ont jamais fait l'objet de contestation de la part des membres du conseil municipal ou de la préfecture jusqu'en 2008, alors que depuis la publication de la délibération du 17 septembre 2002, était intervenue la circulaire de 2003 rappelant la nécessité d'une délibération précise ; qu'à compter de 2008, en dépit des nombreux courriers échangés entre les parties, la question de la compétence du maire pour conclure les contrats n'a jamais fait l'objet d'aucune réserve quelconque ; qu'il s'évince de ces éléments que la société Dexia pouvait avoir la croyance légitime à l'existence des pouvoirs du maire ; que la circonstance relevée par la commune que la société Dexia rappelait sur son site internet en 2011 la nécessité pour le maire d'agir en vertu d'une habilitation ne suffit pas à démontrer que la société Dexia ne pouvait se dispenser, en dépit de cette croyance légitime, de la vérification des limites exactes des pouvoirs du maire ; qu'au demeurant, compte tenu de l'exécution volontaire des contrats par la commune et en l'absence de réserve ou de contestation de sa part sur l'existence de son consentement dans les nombreux courriers adressés à la société Dexia en 2008 et 2009 ainsi que dans sa délibération du 17 octobre 2011 autorisant le maire à ester en justice, il apparaît que la commune a confirmé l'existence du contrat en dépit de l'absence de pouvoir du maire ; qu'il s'évince de ces éléments qu'il convient de retenir que la commune a été valablement engagée ;

ALORS, DE PREMIERE PART, QUE les dispositions relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu au nom d'une commune sont d'ordre public et sanctionnées par la nullité absolue, d'où il suit qu'en affirmant le contraire, pour refuser de prononcer la nullité des contrats de prêt litigieux, après avoir pourtant constaté que la délibération du conseil municipal de la commune de Carrières-sur-Seine du 17 septembre 2002 n'avait pas valablement opéré délégation de compétence au maire, la cour d'appel a violé l'article 1108 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable au litige ;

ALORS, DE DEUXIEME PART, QUE l'absence de délégation régulière au maire du pouvoir de contracter un prêt au nom de la commune est constitutif d'un défaut total de consentement de celle-ci sanctionné par une nullité absolue insusceptible de confirmation ; d'où il suit qu'en décidant que l'absence d'autorisation préalable à la signature du contrat donnée par l'assemblée délibérante de la commune – qu'elle constatait pourtant – « ne saurait être regardée comme un vice d'une gravité telle que les contrats doivent être annulés », tout en se référant, de manière inopérante, à « l'exigence de loyauté des relations

contractuelles », la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1108 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable au litige, ensemble le principe selon lequel l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, repris à l'article 1180, alinéa 2, du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE la publication et la transmission d'une délibération du conseil municipal n'emportant pas valablement délégation de pouvoir au maire pour engager la commune dans un contrat de prêt de même que l'absence de recours contre cette délibération sont dépourvues de toute portée ; qu'en se fondant sur ces circonstances pour refuser de prononcer la nullité des contrats de prêt litigieux après avoir pourtant constaté que la délibération du conseil municipal du 17 septembre 2002 n'avait pas valablement opéré délégation de compétence au maire de la commune, la cour d'appel a violé l'article 1108 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable au litige ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé ; d'où il suit qu'en se fondant, pour refuser de prononcer la nullité des prêts sur le versement des sommes par Dexia, sur l'absence de contestation de la commune relative à son consentement dans des courriers et à l'exécution des termes de remboursement inscrits dans ses budgets, toutes circonstances inopérantes en l'état du caractère absolu de la nullité encourue qui ne pouvait être confirmée, la cour d'appel a violé les articles 1108 et 1338 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 décembre 2016, ensemble le principe susvisé repris à l'article 1180, alinéa 2, du code civil ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, QU'il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé ; qu'en se fondant sur le versement des sommes par Dexia, sur l'absence de contestation de la commune relative à son consentement dans des courriers et à l'exécution des termes de remboursement inscrits dans ses budgets, pour en déduire que le conseil municipal devait être regardé comme ayant donné son accord a posteriori à la conclusion des contrats de prêt, sans constater l'existence d'une délibération, postérieure au 22 mai 2007 et dépourvue de toute équivoque, par laquelle la commune aurait manifesté sa volonté d'accepter les prêts litigieux contractés par le maire alors dépourvu de délégation de pouvoir régulière, la cour d'appel a violé les articles 1108 et 1338 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable au litige ;

ALORS, DE SIXIEME PART, QUE le juge ne peut se fonder sur des pièces qui n'ont pas été régulièrement communiquées et sur lesquelles les parties n'ont pas été à même de débattre contradictoirement ; qu'en se fondant sur une délibération du 17 octobre 2011 quand il ne résulte pas des bordereaux de communication de pièces, ni des conclusions échangées par les parties, que cette délibération ait été versée aux débats, la cour d'appel a violé les articles 7, 15 et 16 du code de procédure civile ;

ALORS, DE SEPTIEME PART, QU'à supposer qu'elle ait entendu viser la délibération du conseil municipal du 27 juin 2011 autorisant le maire à agir en justice dans le litige opposant la commune à Dexia, il n'en demeurerait pas moins que la cour d'appel ne pouvait déduire de l'absence de contestation de la

commune sur son consentement une volonté d'accepter a posteriori les prêts litigieux contractés par le maire alors dépourvu de délégation de pouvoir régulière, sans violer les articles 1108 et 1338 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable au litige ;

ALORS, DE HUITIEME PART, QUE le maire n'étant pas le mandataire de la commune ou du conseil municipal, la théorie du mandat apparent n'est pas applicable ; qu'en se fondant sur la croyance légitime de Dexia dans l'existence des pouvoirs du maire, croyance qui l'aurait dispensée de la vérification des limites exactes des pouvoirs de l'édile (jugement, p. 12, al. 1er), la cour d'appel a violé l'article 1998 du code civil ;

ALORS, DE NEUVIEME PART ET EN TOUTE HYPOTHESE, QUE l'existence d'une délégation de pouvoir irrégulière est exclusive de toute apparence de pouvoir régulier ; que la cour d'appel a constaté que la délibération du conseil municipal du 17 septembre 2002 ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales et qu'elle avait été publiée et expressément visée dans les contrats de prêt (jugement, p. 11, antépénultième alinéa) ; qu'il en résultait que Dexia, prêteur, ne pouvait se prévaloir d'une apparence de délégation régulière du conseil municipal ; qu'aussi, en décidant que Dexia avait pu avoir la croyance légitime en l'existence de pouvoirs du maire pour contracter, la cour d'appel a violé l'article 1108 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 20 février 2016 et l'article L. 2122-22, 3° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction applicable au litige.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté la commune de Carrières-sur-Seine de toutes ses autres demandes, notamment de sa demande tendant à voir juger que Dexia Crédit Local a manqué à son obligation d'information et à son devoir de mise en garde en sa qualité de prestataire de services d'investissement à l'égard de la commune, de sa demande tendant à voir juger que Dexia Crédit Local a manqué à son obligation d'information et à son devoir de mise en garde en sa qualité de banque à l'égard de la commune, de sa demande en fixation de son préjudice à la somme de 374.375,03 euros, sauf à parfaire, et de sa demande tendant à voir juger que s'appliquera à l'avenir un taux fixe de 4,374 % au nominal des deux prêts ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE si les prêts litigieux conclus par le maire de la commune de Carrières-sur-Seine comportent un aléa, à savoir l'application d'un taux d'intérêts variable calculé, pour le premier en fonction de la différence entre le CSM EUR 20 ans et le CSM EUR 2 ans et pour le second en fonction du taux de variation de change du dollar américain en francs suisses, ils ne constituent pas pour autant un contrat spéculatif, ni un produit d'investissement ; qu'en effet, par la souscription de ces contrats, la commune n'a pas cherché à s'enrichir mais seulement, comme mentionné à l'article 1er de chacun des contrats, à re-financer des investissements réalisés dans l'intérêt général et à des conditions de taux d'intérêts les plus avantageux possibles ; que, comme l'ont relevé les premiers juges, les clauses d'indexation figurant aux contrats litigieux sont particulièrement complexes et comportent un risque financier important dans la mesure où les taux d'intérêts variables ne sont pas plafonnés et sont, compte tenu des indices retenus, soumis aux incertitudes de la conjoncture économique internationale ; que, pour autant, ces clauses ne modifient pas l'objet et la nature des contrats consistant essentiellement dans la mise à disposition de fonds en échange de l'engagement de la commune de remboursement des échéances dues, échéances dont le montant est fonction d'un mode de calcul précisément défini

aux contrats et ne comportant aucune option possible ; qu'en conséquence et, comme l'ont justement relevé les premiers juges, les dispositions des articles L. 321-1 et L. 533-11 et suivants du code monétaire et financier ne sont pas applicables à l'espèce, pas davantage que celles de l'article R. 314-3 du RGAMG ; que le caractère averti d'une commune ne se présume pas ; qu'il convient, en conséquence, de procéder à une analyse in concreto, au jour de la conclusion des contrats de prêt litigieux ; qu'en l'espèce, Carrières-sur-Seine est une commune d'une certaine importance puisqu'elle compte environ 16.000 habitants ; qu'il n'est pas contesté qu'en 2007, la ville avait recours depuis plus de 15 ans à de nombreux emprunts (vingt auprès de la société Dexia) et menait une politique de gestion active de sa dette comme en témoignent les documents adressés à ses administrés dans lesquels elle se félicite d'avoir pu dégager un autofinancement provisionnel de plus d'un million d'euros ; qu'ainsi, la commune disposait d'un budget principal annuel de 19 millions d'euros en 2007 et ses dépenses d'investissement s'élevaient à 13 millions d'euros ; que le montant de son encours total de dette représentait près de 8,8 millions d'euros ; qu'il n'est pas davantage contesté que la ville avait souscrit antérieurement des prêts à taux variable et ne méconnaissait pas les risques inhérents à la conclusion de ce type de contrats puisqu'elle avait procédé à plusieurs reprises à la renégociation de certains emprunts dont les taux d'intérêts étaient devenus trop importants ; que même si la maire de l'époque, Mme U..., n'avait pas, par sa formation universitaire, des compétences particulières en matière financière, il n'en demeure pas moins qu'elle était assistée d'un conseil municipal aguerri à la passation de prêts et que la commune n'a pas jugé nécessaire d'avoir recours au service spécialisé de la préfecture destiné à conseiller les communes dans le cadre de la passation d'un contrat de prêt ; qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que la commune de Carrières-sur-Seine n'était pas un profane en matière de souscription d'emprunts lors de la passation des contrats litigieux en 2007 et son caractère averti doit donc être retenu, même si les modalités de calcul des taux d'intérêts figurant dans les contrats litigieux sont d'une particulière complexité ; qu'en conséquence, la banque Dexia n'était pas tenue à l'égard de la commune de Carrières-sur-Seine par une obligation de conseil, non prévue contractuellement, ni d'un devoir de mise en garde, étant par ailleurs souligné que la commune ne prétend pas que les prêts litigieux comportaient, en ce qui concerne leur montant, un risque manifeste d'endettement excessif de la ville ou de difficulté pour cette dernière à faire face à ses obligations de remboursement raisonnablement prévisibles des informations que celle-ci ignorait ; qu'elle avait pour seule obligation, comme tout dispensateur de crédit d'informer complètement la commune sur les caractéristiques des prêts, afin d'éclairer sa décision ; qu'à cet égard, la société Dexia établit avoir remis à la commune des documents précis comportant les formules de calcul des intérêts qui, pour être complexes, n'en étaient pas moins compréhensibles pour un emprunteur averti telle que la commune de Carrières-sur-Seine ; que l'intitulé des prêts litigieux est sans importance, s'agissant d'interlocuteurs qualifiés qui étaient en mesure de constater le mode de calcul des intérêts à un taux variable selon les périodes de remboursement et d'en saisir le sens et la portée à l'aide des autres documents remis, en particulier, les analyses et expertises financières de la dette de la commune, des simulations, notamment sous la forme de graphiques, fondés sur les données économiques connues à l'époque de la conclusion des prêts et des tests de sensibilité ; qu'il convient en conséquence de débouter la commune de toutes ses demandes ;

ET AUX MOTIFS DU TRIBUNAL, A LES SUPPOSER ADOPTES, QU'en application de l'article L. 321-1 du code monétaire et financier, les services d'investissement portent exclusivement sur les instruments financiers énumérés à l'article L. 211-1 du même code ; que cet article dispose dans sa version

applicable à la cause :

« I. – Les instruments financiers comprennent :

1. Les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote, transmissibles par inscription en compte ou tradition ;
2. Les titres de créance qui représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de créances qui les émet, transmissibles par inscription en compte ou tradition, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ;
3. Les parts ou actions d'organisme de placements collectifs ;
4. Les instruments financiers à terme ;
5. Et tous instruments financiers équivalents à ceux mentionnés aux précédents alinéas, émis sur le fondement des droits étrangers,

II. – Les instruments financiers à terme sont :

1. Les contrats financiers à terme sur tous effets, valeurs mobilières, indices ou devises, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèce ;
2. Les contrats à terme sur taux d'intérêt ;
3. Les contrats d'échange ;
4. Les instruments financiers à terme sur toutes marchandises ou quotas d'émission de gaz à effet de serre, soit lorsqu'ils font l'objet, en suite de négociation, d'un enregistrement par une chambre de compensation d'instruments financiers ou d'appels de couvertures périodiques, soit lorsqu'ils offrent la possibilité que les marchandises sous-jacentes ne soient pas livrées moyennant un règlement monétaire par le vendeur ;
5. Les contrats d'options d'achat ou de vente d'instruments financiers ;
6. Tous autres instruments de marché à terme.

III. – Les instruments financiers ne peuvent être émis que par l'Etat, une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier ou un fonds commun de créances » ;

Qu'en l'espèce, les contrats souscrits, en ce qu'il s'agit de prêts comportant des risques financiers et non des instruments financiers par nature, n'entrent pas dans le champ d'application de ces dispositions ; qu'il en résulte que les obligations de conseil et de mise en garde imposées aux prestataires de services d'investissement, et notamment prévues aux articles L. 533-11 et suivants du code monétaire et financier, ne sont pas applicables en l'espèce ; (...) ; que la commune affirme, sans en justifier, que le prêt n° 2 a engendré le 1er juillet 2011 l'application d'un taux de 9,72 % ; qu'elle ne dit rien de l'autre prêt et ne fournit pas davantage de justificatifs des échéances auxquelles elle a dû faire face ; qu'elle ne justifie nullement du calcul qui lui permet d'affirmer qu'entre les intérêts qu'elle a effectivement réglés et ceux qui auraient couru s'ils avaient été conclus au taux de 4,38 % (taux des emprunts d'Etat à 10 ans considéré par la commune comme une référence), elle aurait subi un préjudice financier de 141.765,51 euros ; qu'elle n'établit pas non plus ni même n'allègue qu'elle serait en difficulté pour payer cette somme au regard notamment du montant total de ses encours et de son budget ;

qu'elle n'explique ni ne justifie pourquoi ce montant représenterait son préjudice certain de perte de chance alors que les contrats sont toujours en cours et sont loin d'arriver à leur terme ; qu'il s'évince de ces éléments que la commune n'apporte pas la preuve qui lui incombe de ce que le risque d'endettement excessif se serait réalisé et qu'au demeurant, elle ne justifie pas du quantum du préjudice de perte de chance qu'elle allègue ;

ALORS, DE PREMIERE PART, QUE constituent des instruments financiers à terme, les contrats financiers à terme sur indices ou devises donnant lieu à un règlement en espèce ; que la cour d'appel constate que les prêts litigieux comportaient l'application de taux d'intérêt variables calculés, pour le premier, en fonction de la différence entre le CMS EUR 20 ans et le CMS EUR 2 ans et, pour le second, en fonction du taux de variation de change du dollar américain en franc suisse, de sorte que les contrats, fussent-ils qualifiables de prêts, n'en étaient pas moins adossés sur des indices et devises donnant lieu à des règlements en espèces emportant également leur qualification d'instruments financiers, non incompatible avec celle de prêt, et qu'en concluant néanmoins que les dispositions des articles L. 321-1 et L. 533-11 et suivants du code monétaire et financier n'étaient pas applicables, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé lesdits textes ;

ALORS, DE DEUXIEME PART, QUE dans ses conclusions d'appel (§ 36, p. 17), la commune de Carrières-sur-Seine faisait valoir que dès lors qu'il était établi que Dexia avait négocié les prêts avec une personne non habilitée, il en résultait qu'elle n'avait pu transmettre à la commune les informations et conseils que cette dernière était en droit d'obtenir, de sorte que la banque avait engagé de ce seul fait sa responsabilité ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'en affirmant que la commune de Carrières-sur-Seine n'était pas un profane en matière de souscription d'emprunt puisqu'elle avait eu recours à de nombreux emprunts et qu'elle avait déjà souscrit des prêts à taux variables ayant procédé à la renégociation de certains emprunts aux taux d'intérêts devenus trop élevés, quand ces circonstances étaient impropres à établir que la commune avait déjà pratiqué des emprunts indexés sur des formules particulièrement complexes et comportant un risque financier important à défaut de plafonnement des taux d'intérêts variables, soumis aux incertitudes de la conjoncture économique internationale, tels que ceux proposés par Dexia, ce qui pouvait seul lui conférer la qualité d'emprunteur averti lors de la souscription de prêts de cette nature, la cour d'appel a privé son arrêt de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QU'en affirmant que la maire de l'époque était assistée d'un conseil municipal aguerri à la passation des prêts, sans préciser sur quelle pièce elle se fondait et quand la commune appelante faisait valoir que les allégations sur ce point de Dexia étaient mensongères et n'étaient étayées par aucun élément, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE la banque est tenue d'un devoir de mise en garde quant à l'adaptation aux capacités financières de l'emprunteur et aux risques d'endettement nés de l'octroi du prêt ; qu'en ne recherchant pas si les prêts litigieux étaient adaptés, notamment aux besoins de la commune (cf. concl. § 43, p. 21), après avoir relevé que « les clauses d'indexation figurant aux contrats litigieux sont particulièrement complexes et comportent un risque financier important dans la mesure où les taux d'intérêts variables ne sont

pas plafonnés et, compte tenu des indices retenus, soumis aux incertitudes de la conjoncture économique internationale » (arrêt, p. 11, dernier alinéa), et en se référant de manière inopérante au risque d'endettement excessif, impossible à déterminer, et à la connaissance qu'avait la banque sur les facultés de remboursement de la commune, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

ALORS, DE SIXIEME PART, ENCORE EN TOUTE HYPOTHESE, QUE les contrats doivent être négociés et formés de bonne foi, ce qui implique en toute hypothèse la délivrance d'une information loyale, dépourvue d'ambiguïté et complète ; qu'en affirmant que les intitulés des prêts litigieux étaient sans importance s'agissant d'interlocuteurs qualifiés, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. § 40, p. 19), si ceux-ci n'étaient pas volontairement trompeurs puisqu'ils faisaient référence à une fixité du taux (« taux Fixe FIXMS », « TOFIX », « taux fixe décoté ») cependant que le taux fixe ne valait que pour la première année, et qu'elle avait constaté le caractère particulièrement complexe des clauses d'indexation figurant aux contrats litigieux la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de des articles 1134, alinéa 3, et 1147 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 20 février 2016, le premier transposé dans l'article 1104 du code civil tel que résultant de ladite ordonnance ;

ALORS, DE SEPTIEME PART, ENCORE EN TOUTE HYPOTHESE, QU'en affirmant que Dexia avait satisfait à son obligation d'information sur les caractéristiques des prêts en remettant à la commune « des simulations, notamment sous forme de graphiques, fondées sur les données économiques connues à l'époque de la conclusion des prêts et des tests de sensibilité » (arrêt, p. 13, al. 2, in fine), sans s'expliquer sur la circonstance que les documents présentés à la commune ne faisaient pas mention du caractère illimité du taux et ne comportaient que des simulations fondées sur des données économiques passées sans envisager les situations les moins favorables dans lesquelles le taux pouvait largement excéder les taux du marché, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de des articles 1134, alinéa 3, et 1147 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 20 février 2016, le premier transposé dans l'article 1104 du code civil tel que résultant de ladite ordonnance ;

ALORS, DE HUITIEME PART ET A TOUTES FINS, QUE dans ses conclusions d'appel (§ 52 et s., p. 27), la commune faisait valoir que son préjudice était constitué, d'une part, par le paiement d'intérêts à un taux supérieur à celui qui serait résulté de la souscription d'un taux d'intérêt fixe, sans lien avec les marchés internationaux, et évaluait ce différentiel pour les deux prêts litigieux à la somme de 374.375,03 € et, d'autre part, par la persistance d'un taux d'intérêts variable lui interdisant d'apprécier son endettement à venir ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire réfutant la motivation du tribunal, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon

« La prescription trentenaire doit disparaître ». Tel n'est pas encore le sens de nos conclusions, mais le titre d'un article de doctrine appelant à mettre à mort, au nom de la « sécurité juridique », « un être antédiluvien qu'il est aussi dangereux qu'illogique de conserver chez nous ». Cet article est paru à la Gazette du Palais... en 1948. Deux délais trentenaires se sont

écoulés avant que le législateur décide d'y substituer la règle de droit commun de la prescription extinctive quinquennale, par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Mais cette institution, héritée du code justinien et consacrée par le code civil de 1804, a la vie dure. Comme un célèbre sparadrap, elle continue à régir des matières aussi diverses que l'action en nullité absolue du mariage, les actions réelles immobilières ou les actions disciplinaires contre les officiers publics et ministériels.

Le pourvoi qui vous est soumis vous place, à première vue, face à une alternative simple : devez-vous appliquer ce délai de trente ans à l'action en contestation de validité du contrat introduite par une partie, selon les modalités définies par la jurisprudence dite « Béziers I », comme vous le faisiez pour l'ancienne action en nullité absolue du contrat ? Ou opter pour la prescription quinquennale, qui est celle qu'applique le juge judiciaire aux actions en nullité des contrats de droit privé, y compris lorsqu'ils sont conclus par des personnes publiques ? La question peut paraître aride mais elle passionne la doctrine et nous vous invitons à la savourer comme une expérience rare dans votre carrière professionnelle : à travers les siècles, l'action directe d'une partie contre son contrat n'a guère occupé le Conseil d'État plus d'une dizaine de fois⁵. Mais comme vous allez le voir, l'affaire n'a rien d'anecdotique. Elle vous mène au contraire au cœur des équilibres subtils du contentieux des contrats administratifs. Et pour vous tenir en haleine, sachez que nous ne vous proposerons ni l'une, ni l'autre des deux branches de l'alternative que nous avons posée.

Cette fois, ce n'est pas à Béziers qu'il faut se rendre pour faire progresser le droit des contrats mais à près de 4600 km de là, à Saint-Pierre-et-Miquelon. Dans les années 1960, l'association pour le Musée des îles Saint-Pierre-et-Miquelon a commencé à rassembler plusieurs milliers d'oeuvres représentatives de l'histoire et de la culture locales. Le local vétuste dans lequel elles étaient exposées à la vue d'environ 2000 visiteurs par an ne rendait toutefois pas justice à la valeur de ces pièces. Elle en a donc transféré la propriété à la collectivité territoriale par une convention dite de « dévolution » signée le 31 décembre 1998, dans le cadre de la constitution du fonds initial du nouveau musée des Arches inauguré l'année suivante. En contrepartie, elle s'est vu reconnaître un droit de regard sur leur utilisation et la possibilité d'organiser des événements muséographiques. Las, l'association a constaté que les oeuvres remises prenaient plus la poussière des réserves que la lumière des salles d'exposition. Elle a donc entrepris de remettre en cause cette convention en demandant au tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon, en 2014, de l'annuler en raison de plusieurs vices dont elle serait affectée depuis l'origine.

Les juges du fond, qui ont rejeté cette demande, ont eu raison au moins sur deux points :

- sur la compétence de la juridiction administrative, d'abord, qui a été reconnue par le Tribunal des conflits dans une décision du 10 décembre dernier (n° 4140) sur renvoi de vos 10^{ème} et 9^{ème} chambre réunies, en raison des clauses de la convention qui font participer l'association à l'exécution du service public de gestion du musée ;
- et sur leur office, ensuite, qui est bien celui tracé par votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, Commune de Béziers, plus connue sous le nom de « Béziers I ».

Dans ce cadre, le tribunal comme la cour ont constaté que la prescription trentenaire, qui avait couru à compter de la date de conclusion de la convention, n'était pas acquise lorsque la loi du 17 juin 2008, applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon, est entrée en vigueur, et ils ont, conformément aux dispositions transitoires du II de l'article 26 de cette loi, appliqué à compter de cette date la

prescription quinquennale. 2008 + 5 = 2013. Il était donc trop tard, en 2014, pour s'en prendre à la convention.

Le seul moyen que nous évoquerons est tiré de l'erreur de droit de la cour consistant à avoir opposé la règle de prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil, qui serait inapplicable à un tel litige.

Dans un accès de bienveillance, nous avons renoncé à vous infliger un long rappel des fondements théoriques de la prescription extinctive en droit civil, définie par l'article 2219 du code civil comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». De même, nous vous ferons grâce d'un panorama, du reste fuyant, des nombreux régimes législatifs propres au droit public⁶, dont la prescription quadriennale est incontestablement le plus connu, et nous n'évoquerons ici que pour mémoire l'imprescriptibilité qui gouverne l'exercice par l'administration de ses pouvoirs unilatéraux et, en particulier, de ceux qui traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique, comme les pouvoirs de police administrative (CE, Assemblée, 8 juillet 2005, Société Alusuisse-Lonza-France, n° 247976, au Rec.), les sanctions administratives (CE, 29 avril 2013, Denis, n° 356642, aux T.) et, avant l'intervention de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, l'action disciplinaire dans la fonction publique. Nous invitons les plus gourmands d'entre vous à se plonger dans l'excellente thèse qu'a consacrée à ce sujet Charles Froger⁷ et qui nous a accompagné dans l'étude de ce dossier.

Nous nous concentrerons ici sur ce qu'on peut appeler les deux courants de la prescription extinctive en droit administratif qui cohabitent plus qu'ils ne se combinent harmonieusement dans votre jurisprudence.

Le premier courant s'inscrit dans le canal historique du code civil de 1804. Le choix a alors été fait de rompre avec l'imprescriptibilité de droit ou de fait que se ménageaient les autorités royales et seigneuriales et de placer en principe les personnes publiques et privées sur un pied d'égalité. L'article 2227 du code civil disposait ainsi que : « L'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer ». Cette « disposition-passerelle », rarement mentionnée dans vos décisions, a en revanche largement irrigué votre jurisprudence. Vous avez très régulièrement fait directement application du code civil, notamment pour tout ce qui concerne les créances pécuniaires dont l'administration se prévaut à l'égard des personnes privées. Et vous l'avez fait en vous attachant autant que possible à reprendre les solutions de la jurisprudence judiciaire dont, pour reprendre les mots du commissaire du gouvernement Lagrange dans ses conclusions sur une décision Brandon du 18 juin 1937, « il serait fâcheux de s'écarter en une matière où vous avez à appliquer directement les dispositions du code civil, et non pas seulement les principes qui s'en dégagent ».

Cette application directe était naturelle dans le droit des contrats des personnes publiques, qui ont longtemps été considérés comme des actes de gestion de pur droit privé et dont le régime juridique s'est initialement construit dans le creuset du droit des obligations civiles. Rien d'étonnant, donc, à ce que la décision de Section Commune d'Arzon du 9 juillet 1937, après avoir rappelé la teneur de l'article 2262 du code civil posant la prescription trentenaire, juge que « cette disposition est générale ; qu'ainsi elle s'applique même aux actions en nullité fondées sur le caractère illicite de l'objet ou de la cause d'un contrat ».

Ce courant ne s'est pas tari avec l'abrogation de la disposition-passerelle de l'article 2227 du code civil par la loi du 17 juin

2008, qui donnait pourtant, en apparence, le signal de l'émancipation de la prescription administrative qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux. Vous y êtes resté aussi indifférent qu'à l'égard de la célèbre et malencontreuse suppression de l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII et avez continué, à de nombreuses reprises, à appliquer directement le code civil, y compris la nouvelle règle de prescription quinquennale (V. notamment l'avis Dittoo de vos 7ème et 2ème chambres réunies du 31 mars 2017, au Recueil, éclairé par les très précieuses conclusions de notre collègue Gilles Pellissier).

Cette abrogation est souvent présentée comme le fruit d'une inadvertance dans la mesure où elle résulte d'une refonte complète du chapitre consacré à la prescription et où rien, dans les travaux préparatoires de la loi, ne l'explique. On comprend donc aisément que la cour de Bordeaux l'ait explicitement neutralisée, pour appliquer l'article 2224, comme d'autres juridictions l'avaient fait avant elle en matière contractuelle.

Mais, comme vous le savez, il existe un autre courant de la prescription administrative, plus récent quoique d'âge vénérable désormais. Il puise sa source dans l'idée fondatrice du droit public, celle-là même qui a donné naissance à la décision Blanco, selon laquelle le droit des obligations civiles a vocation à régir les rapports entre les particuliers et non les relations avec l'administration, en tous les cas lorsqu'elle agit dans le cadre du droit administratif, sous le contrôle du juge administratif. Vision des choses qui trouve d'ailleurs un renfort dans le constat lucide que le législateur songe peu aux administrations lorsqu'il modifie le code civil, comme l'illustre la loi de 2008 elle-même. Dans une démarche toute platonicienne, vous avez eu l'audace, depuis au moins un demi-siècle, de briser vos chaînes et de vous aventurer en-dehors de la caverne où ne dansaient que des ombres textuelles pour accéder au monde des principes qui en seraient la source. Ce sont les fameux « principes dont s'inspire le code civil », petits frères des principes généraux du droit.

Cette technique trouve un terrain d'élection peu contestable dans les matières dans lesquelles le droit privé ne trouve pas naturellement à s'appliquer. La décision Alusuissie-Lonza-France du 8 juillet 2005 en est l'exemple le plus emblématique : partant du postulat que l'action de l'Etat, autorité de police, tendant à faire exécuter par l'ancien exploitant d'une installation classée son obligation de remise en état du site pollué n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 2262 du code civil, pour les raisons savamment développées par son commissaire du gouvernement, devenu le président Guyomar, l'Assemblée du contentieux a dégagé un principe général de prescription trentenaire dont s'inspirait alors cet article.

Le recours aux « principes inspirants » est plus discuté lorsque vous créez vous-mêmes le vide juridique, c'est-à-dire lorsque vous les dégagez dans un domaine où, jusqu'alors, vous appliquiez purement et simplement le code civil. La responsabilité des constructeurs en est un exemple presque éculé. Vous affirmez et assumez alors votre rôle de bâtisseur d'un droit spécifique, non pas par dogmatisme ou par coquetterie, mais par nécessité, celle de l'intérêt général. Là où l'application directe du code civil réduit vos marges de manoeuvre au seul pouvoir d'interprétation jurisprudentielle des textes, lui-même conditionné par la jurisprudence judiciaire, les « principes inspirants » vous offrent la liberté d'adapter les règles de la prescription aux particularités irréductibles de l'action administrative. Cette justification fonctionnelle est peut-être celle qui a inspiré votre avis Dittoo déjà mentionné, qui panache de manière inédite à notre connaissance les deux courants, puisqu'il applique directement l'article 2224 du code civil posant la règle de la prescription quinquennale, avant de mettre en oeuvre les « principes dont

s'inspire le titre XX du livre III du code civil » pour ce qui concerne les règles relatives à l'interruption et à la suspension de ce délai, contrairement d'ailleurs à ce que vous faisiez avant l'abrogation de l'article 2227.

A nos yeux, ce second courant est tout à fait justifié dans son inspiration. Mais il est desservi par sa formulation et, tout particulièrement, par la prétention affichée de dégager des principes derrière telle ou telle disposition du code civil précisément identifiée. Comme n'a pas manqué de le relever la doctrine, ce parti soulève deux difficultés lorsque la disposition inspirée évolue.

Une légère difficulté formelle, d'abord, lorsque cette disposition voyage au sein de l'ordonnement juridique. Qu'à cela ne tienne : plutôt que d'actualiser les références textuelles, il vous suffit de les gommer. Vous avez ainsi remplacé les « principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil », non pas par la mention des dispositions recodifiées à droit constant, mais par les « principes régissant la garantie décennale du constructeur », avec un discret visa du code civil²⁵ (CE, 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, n° 376229, au Rec.26).

Les choses se compliquent lorsque c'est la règle substantielle qui change, comme c'est le cas ici. A prendre la formule au pied de la lettre, les principes que vous avez dégagés devraient y être insensibles puisque ce sont eux qui inspirent les textes, et non l'inverse. Les modifications législatives ne devraient être que la traduction d'une volonté du législateur de déroger à ces principes. Mais on perçoit vite la part d'hypocrisie que renferme ce raisonnement. Si la prescription trentenaire a été érigée en principe par l'Assemblée du contentieux, c'est parce qu'un texte l'avait par ailleurs instituée. L'inspiration est à tout le moins itérative. Dans cet esprit, vous avez même été jusqu'à fixer une date d'entrée en vigueur d'un « principe inspirant » correspondant à celle de la disposition législative inspirée (CE, 22 juin 2001, SARL Constructions mécaniques du Bas-Poitou, n° 203340, aux T.).

Du reste, il est communément admis, même si la jurisprudence est avare d'illustrations concrètes, que les principes généraux du droit eux-mêmes ne sont pas immuables et sont des oeuvres de droit vivant. Comme le rappelle le fascicule consacré au panorama d'ensemble des principes généraux du droit du Répertoire de contentieux administratif Dalloz, « Le Conseil d'Etat s'inspire (...) de l'esprit des lois en vigueur (...) ». Lorsque le législateur abandonne une disposition ancestrale derrière laquelle vous aviez débusqué un principe, au profit d'une règle traduisant une nouvelle vision des rapports sociaux, le juge de et dans la société que vous êtes ne peut, à l'évidence, faire comme si de rien n'était.

Nous n'ignorons pas que votre 6ème et 1ère sous-sections réunies ont continué d'appliquer le principe de prescription trentenaire après la loi de 2008, sans faire la moindre référence au code civil (V. CE, 12 avril 2013, SCI « Chalet des Aulnes », n° 363282, aux T.). Mais nous n'y voyons pas un contre-exemple. Ce choix était logique dès l'instant qu'il existe une prescription spéciale dans le domaine « pollueur-payeur », prévue à l'article L. 152-1 du code de l'environnement, qui était bien de trente ans jusqu'en 2016, en écho à une directive de 2004 évoquée par Suzanne Von Coester dans ses conclusions.

Il nous semble en définitive que les deux courants pourraient converger en posant deux lignes directrices :

- d'une part, un principe d'autonomie, selon lequel, lorsqu'elles agissent dans le cadre du droit public, sous votre contrôle, les personnes publiques sont soumises à des règles propres en matière de prescription, issues soit de dispositions que le législateur a

entendu leur rendre applicables, soit, à défaut, de règles que vous définissez vous-même, sans être juridiquement tenu par le code civil ;

- et, d'autre part, un principe de convergence raisonnée, selon lequel les règles que vous dégagerez sont équivalentes à celles du droit privé, qui resterait donc le point de repère, en l'absence d'exigence propre à l'action administrative justifiant, dans l'intérêt général, de fixer des règles exorbitantes, ou d'incompatibilité avec les principes et règles du droit public, pour reprendre les critères exposés par le commissaire du gouvernement sur votre décision de section Krief du 28 juin 1996 (p. 251), devenu le Président Combrexelle.

Nous y ajoutons – et vous allez vite comprendre pourquoi, le cas où est en cause votre office, que vous avez toujours entendu définir souverainement. A cette aune, nous ne voyons pas de motif déterminant d'en rester à un délai trentenaire. En érigeant la prescription quinquennale en règle de droit commun, le législateur a entendu tirer les conséquences de l'accélération du rythme des transactions, du besoin de stabilité exprimé par les acteurs de la vie économique, de l'accès plus aisé des justiciables aux informations nécessaires à la défense de leurs droits, et de la nécessité d'alléger les coûts inhérents à l'obligation de conservation des preuves.

Il a défini un équilibre nouveau entre légalité et sécurité juridique, avec le souci de renforcer la compétitivité de notre pays dans un contexte européen et international dominé par des délais de prescription courts. Le droit administratif, et en particulier, celui des contrats administratifs, s'inscrit dans le même contexte économique, sociétal et international.

Sans doute la durée de cinq ans n'a-t-elle pas encore l'ancienneté de la vénérable prescription trentenaire, et n'aura peut-être pas la même longévité. Elle est le fruit d'un compromis entre la durée de 3 ans préconisée par la mission Catala, pratiquée en Allemagne et retenue dans les principes Unidroit de l'institut international pour l'unification du droit privé, et celle de 10 ans proposé par le groupe de travail Weber de la Cour de cassation de 2004. Mais elle n'est pas plus arbitraire que le délai de 30 ans et elle est raisonnable compte tenu de la temporalité de la vie administrative et de la vie économique, et de son point de départ.

Sur ce dernier point, il n'y a pas matière, en principe, à retenir une règle différente de celle qui est prévue par le code civil et qui est communément admise : le délai court à compter de la date à laquelle le titulaire du droit le connaît ou ne pouvait légitimement l'ignorer. Concrètement, et par analogie avec la jurisprudence judiciaire, ce devrait être, en matière de contrat, la date de sa conclusion ou celle de son avenant si l'action porte sur une clause nouvelle, sauf dans le cas de vices du consentement tels que le dol, dont seule la découverte dans toute son ampleur permet de déclencher le délai, ou la violence, qui conduit à reporter le point de départ à la date à laquelle elle cesse.

Les férus d'algèbre que vous êtes pourriez vous aviser que cinq ans, c'est moins que six ans... c'est-à-dire la durée des mandats locaux. Ce délai, décompté à partir de la date du contrat, empêcherait une nouvelle majorité municipale d'obtenir du juge qu'il remette en cause les contrats passés au cours de la première année de mandat de la majorité sortante. Mais le risque s'est réduit avec l'ouverture du prétoire aux tiers particulièrement intéressés, y compris les élus locaux, qu'opère la décision Tarn-et-Garonne, en sus du déféré préfectoral. Et surtout, il ne faut pas oublier que l'administration peut résilier unilatéralement le contrat pour un motif tiré de son invalidité originelle, au moins lorsqu'il présente un certain degré de gravité. Vous l'avez jugé expressément dans le cas où la durée du contrat excède la durée

légal (CE, 7 mai 2013, Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043, au Rec.) puis implicitement et plus largement, en permettant aux tiers de contester devant le juge le refus de résilier un contrat administratif en demandant au juge non qu'il prononce la résiliation, mais qu'il ordonne à l'administration qu'il soit mis fin au contrat dans le cas où l'exécution de ce dernier ne peut être poursuivie, du fait notamment d'irrégularités graves dont le contrat est entaché (CE, Section, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, n° 398445, au Rec.).

Par ailleurs, lorsque l'administration a prononcé la résiliation du contrat, l'action en reprise des relations contractuelles régie par votre décision Béziers II est vouée à l'échec s'il s'avère que le contrat est entaché d'un vice qui aurait justifié son annulation ou sa résiliation dans le cadre du recours Béziers I, sans qu'il y ait lieu de contrôler le bien-fondé du motif sur lequel la personne publique s'est fondée pour résilier le contrat (CE, 1er octobre 2013, Sté Espace Habitat Construction, n° 349099, aux T.). Il s'en déduit que l'administration peut, et le cas échéant, doit, procéder elle-même à la résiliation en pareil cas, et ce à toute époque.

Elle n'est donc pas démunie, étant observé que les conséquences indemnitaires doivent certainement être les mêmes quelle que soit l'origine de la résiliation, c'est-à-dire qu'elle procède d'une initiative de l'administration, d'une décision du juge ou d'une décision prise par l'administration sur injonction juridictionnelle. Seule la porte de l'annulation serait fermée à la collectivité, mais il est assez rare qu'elle souhaite l'emprunter.

Il serait par ailleurs hasardeux de vous extraire de l'alternative entre cinq et trente ans pour retenir prétoriquement une durée intermédiaire, par exemple de dix ans. Vous ne manquez certes pas d'inventivité dans des domaines touchant à la sécurité juridique, comme en atteste le « délai Ternon » de quatre mois ou le « délai Czabaj » d'un an. Mais il n'est pas sain d'en abuser, dans une matière relevant de la compétence du législateur, lequel est intervenu en 2008 pour limiter le foisonnement des délais de prescription, et dont la Cour de justice de l'Union européenne juge qu'elle doit, dans le champ du droit de l'Union, respecter le principe d'effectivité, ce qui suppose que le délai soit fixé à l'avance avec un degré de certitude suffisant.

Il convient tout autant d'écarter l'idée de moduler le délai de prescription en fonction de la nature du vice dont le contrat est entaché, ce qui aurait pour principale conséquence d'alimenter durablement vos feuilles roses, pour le plus grand bonheur il est vrai des responsables du Centre de recherches et de diffusion juridiques.

En revanche, nous pensons que, si une prescription quinquennale devait s'appliquer, il n'y a pas de raison déterminante d'interdire aux parties, comme le prévoit l'article 2254 du code civil, d'aménager conventionnellement le délai de prescription, pour le ramener à 1 an ou le porter à 10 ans, faculté qui devrait toutefois être refusée à l'administration agissant dans le cadre de ses pouvoirs unilatéraux. De même, nous ne voyons pas ce qui vous empêcherait de transposer le délai-butoir de 20 ans qui éteint le droit nonobstant tout report de son point de départ et toute interruption ou suspension, conformément à l'article 2232 du code civil, ce que vous avez récemment fait en matière de récupération d'indu (CE, 1/4, 29 mai 2019, Hanachi, n° 417339).

A l'inverse, nous pensons que l'interdiction des libéralités fait obstacle à ce que l'administration renonce à opposer la prescription comme le permet de manière générale l'article 2250 du code civil, sauf à titre de concession dans le cadre d'une transaction valide.

Si nous avons conclu il y a exactement dix ans sur cette affaire, nos conclusions s'achèveraient ici sur une proposition de prescription quinquennale.

Mais voilà, nous sommes en 2019, après l'aggiornamento opéré par la décision Béziers I. Or la voie de recours issue de la décision de l'Assemblée du contentieux n'est pas la version colorisée de la vieille action en nullité du contrat administratif ou la petite soeur de l'actuelle action en nullité du contrat de droit privé portée devant le juge judiciaire. Elle est d'une nature différente et nous pensons, avec une partie de la doctrine et comme le pourvoi, qu'elle renouvelle entièrement le débat sur la prescription, au point d'interdire l'analogie avec l'action en nullité judiciaire et le code civil.

En droit privé, comme c'était le cas auparavant en droit administratif, un contrat vicié est un contrat nul, que le juge judiciaire doit anéantir rétroactivement. Sauf, précisément, lorsqu'elle a à apprécier la validité d'un contrat administratif et à appliquer votre jurisprudence Béziers I par le truchement de la jurisprudence SCEA du Cheneau, la Cour de cassation refuse d'aller à Béziers et reste résolument en Côte d'Or (Cass. 1ère civ, 31 janvier 2018, n° 16-21697, au Bull. appliquant la vieille jurisprudence Préfet de la Côte d'Or pour déclarer nul un contrat de droit privé conclu par une personne publique).

Comme le relevait Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur la décision Béziers I, dans le système contentieux civiliste, la prescription est l'une des rares garanties de sécurité juridique apportées aux parties.

L'action « Béziers I » procède d'une inspiration radicalement différente. Elle incorpore l'exigence de sécurité juridique dans l'office même du juge du contrat, à trois niveaux :

1° Elle limite les moyens invocables au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Comme l'indiquent les conclusions d'Emmanuel Glaser, cette limitation répond d'abord à l'adage « nemo auditur » : elle interdit à l'auteur d'un vice de s'en prévaloir. Mais il nous paraît certain que la même irrecevabilité doit être opposée aux vices que le cocontractant ne pouvait légitimement ignorer et ceux dont il s'est accommodé en exécutant les clauses contestées pendant un laps de temps prolongé, raisonnement qu'a déjà conduit la cour de Marseille.

2° Cette jurisprudence ordonne les pouvoirs du juge autour de l'objectif de stabilité des relations contractuelles puisqu'il doit, chaque fois que cela est possible eu égard aux irrégularités constatées, privilégier la régularisation. Et il ne peut, en dernier recours, annuler le contrat que si son contenu est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité touchant notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Il ne doit d'ailleurs annuler que les clauses viciées si elles sont divisibles.

3° : l'Assemblée a subordonné le prononcé d'une mesure de résiliation ou, le cas échéant, d'annulation à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte excessive à l'intérêt général.

En première analyse, la prescription quinquennale s'inscrirait harmonieusement dans cet effort de sécurisation. Elle contribuerait un peu plus encore à la stabilité contractuelle en même temps qu'elle sanctionnerait la partie négligente, en empêchant la remise en cause excessivement tardive, donc potentiellement déloyale, d'un contrat qu'elle a signé et exécuté.

Mais nous vous invitons à surmonter cette réaction instinctive. Prenons l'exemple d'un contrat d'une durée supérieure au délai quinquennal, comme une concession de quinze ans ou un bail emphytéotique administratif de 50 ans, ou un contrat à durée indéterminée, comme c'est le cas ici. Ensermer l'action Béziers I

dans un délai de prescription conduirait à interdire aux parties, 5 ans après sa conclusion et jusqu'au terme éventuel du contrat, d'obtenir du juge la réfection d'un contrat vicié. Or on l'a rappelé, l'administration conserverait, elle, la possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat à raison d'un vice dont il est entaché, ce jusqu'à son terme.

Le contrat administratif est certes intrinsèquement un contrat asymétrique dans lequel l'administration peut décider de mettre fin au contrat à tout moment, y compris en cessant de l'exécuter, alors que le co-contractant privé ne saurait faire jouer l'exception d'inexécution pour se soustraire à ses obligations. Mais cette asymétrie n'est admissible que parce que, justement, le co-contractant de l'administration peut rééquilibrer la relation en faisant valoir ses droits en justice, ce qui ne serait plus le cas ici.

Cette inégalité des armes serait d'autant plus critiquable que ne serait en cause qu'une clause viciée dont il n'a jamais été fait application dans le délai de prescription, comme celle qui organise la sortie d'un contrat long, et dont il serait incongru, et même fâcheux pour la sérénité des relations contractuelles, que la partie privée l'attaque dans les premières années du contrat pour échapper au couperet de la prescription.

La situation du co-contractant devient plus contestable encore lorsqu'on songe que, comme on l'a déjà rappelé, les tiers disposent, eux, de la faculté de contester un refus de résiliation de l'administration qu'ils peuvent provoquer à tout instant au cours de l'exécution du contrat, en invoquant les vices définis par la décision « Transmanche ». Ils peuvent aussi demander, là encore à toute époque, l'abrogation des clauses réglementaires du contrat devenues illégales et, le cas échéant, l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'y procéder (CE, 9 février 2018, Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération, n° 404982, au Rec.).

Le co-contractant serait donc le seul à ne plus pouvoir obtenir la remise en cause du contrat vicié, sachant que nous imaginons mal que vous lui ouvriez une action spécifique en refus de modification ou de résiliation, sauf à complexifier à outrance le paysage contentieux que vous avez au contraire cherché à rationaliser. Cette fermeture du prétoire procéderait d'une curieuse conception de la loyauté, ou tout au moins de l'équilibre qui est un autre élément fondateur de la jurisprudence Béziers I. Il faudrait d'ailleurs en permettre la réouverture dans le cas, par exemple, où le contrat est devenu illégal faute pour l'administration d'accepter de le modifier afin de tenir compte de novations législatives applicables aux contrats en cours.

Cette issue est d'autant moins soutenable à nos yeux qu'elle est peu cohérente avec la raison d'être de la prescription, qui est de sanctuariser le passé, et non de cristalliser l'avenir. Cet avenir nous paraît mieux assuré sous les auspices du nouveau juge du contrat que sans lui. Ce dont Marceau Long rêvait dans ses conclusions sur la décision de Section Ville de Nice du 20 avril 1956 (au Rec. p. 162), en écrivant que le juge du contrat jouait « presque un rôle d'arbitre ou même de collaborateur des parties pour assurer l'exécution du contrat dans des conditions satisfaisantes pour le service et équitables pour elles », l'Assemblée du contentieux l'a fait en l'érigeant en juge régulateur, et, au premier chef, en juge-réparateur, intervenir au cours de la vie du contrat pour lui permettre de se poursuivre sur des bases saines et solides. Il y a lieu d'en tirer toutes les conséquences.

Cette objection de principe pourrait, il est vrai, être surmontée en abandonnant l'idée que la prescription frapperait le droit de saisir le juge Béziers I, à l'instar d'un délai de forclusion, et en jugeant

qu'elle éteint seulement, en aval, le droit d'obtenir du juge l'annulation du contrat, par analogie avec l'action en nullité. Dis autrement, ce serait service continu au Béziers I jusqu'au terme du contrat, mais on n'y servirait plus, à partir d'une certaine heure, que de la régularisation et, avec modération, de la résiliation.

Vous vous dites peut-être que cette solution serait complexe, et vous auriez raison. Elle consacrerait un office à géométrie variable du juge du contrat, variable en fonction non seulement de l'écoulement du temps mais aussi de la diligence des parties, puisque la prescription n'est pas d'ordre public. Il y aurait d'ailleurs une certaine originalité à voir une partie opposer la prescription après que le juge a relevé d'office, comme il doit le faire, un motif d'annulation du contrat. Et il serait surtout paradoxal de ne fermer les yeux que sur les vices dont la gravité est telle qu'elle doit conduire le juge à s'en saisir d'office pour annuler le contrat, en ultime recours.

Quoiqu'elles ne soient pas inexistantes, notion que vous ne maniez pas dans le droit des contrats à notre connaissance, ces clauses gravement illégales ne sont pas sans rappeler celles que le législateur répute non écrites, comme il le fait de plus en plus souvent en droit privé mais dont vous avez très rarement à connaître en droit administratif ; or l'action en reconnaissance d'une telle clause échappe justement à toute prescription (Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23169, au Bull.). Vous noterez aussi, dans le même esprit d'ordre public, que, dans les droits espagnol et italien, la nullité absolue du contrat administratif est imprescriptible.

En définitive, un délai de prescription ne se justifierait éventuellement qu'à raison de la gravité excessive des conséquences d'une telle mesure, aussi rare soit-elle. Mais ce serait, pensons-nous, jouer à se faire peur.

Il est vrai que, pour reprendre les mots du commissaire du gouvernement sur la décision Institut de recherche pour le développement du 10 décembre 2003 (n° 248950, au Rec.), devenu le président Piveteau, se référant lui-même à une chronique publiée à l'AJDA en 1998 émanant des futurs présidents Fombeur et Raynaud, « (...) la déclaration de nullité n'est pas juridiquement équivalente à une annulation puisqu'elle n'affecte pas le contrat lui-même mais seulement la faculté d'en invoquer les stipulations ». Or désormais vous vous autorisez à annuler le contrat, ce qui suppose en toute rigueur de revenir à l'état initial des choses, par un jeu de restitutions réciproques.

Mais cette vision des choses ne correspond pas à la réalité du contentieux contractuel administratif. L'action en restitution proprement dite, qui procède d'ailleurs d'une cause juridique propre (CE, 23 décembre 2011, de Massol et autres, n° 345218, aux T.), n'est quasiment jamais mobilisée. Le requérant y a rarement intérêt, en particulier dans le domaine de la commande publique.

Du reste, la restitution en nature est la plupart du temps impossible, qu'il s'agisse de prestations de service, de fournitures consommées, d'ouvrages modifiés ou incorporés à d'autres, ou encore de biens cédés à des tiers. Dans le cas de biens affectés au service public et relevant le cas échéant du domaine public, la restitution sera exclue par le juge dès l'instant qu'il en résulterait une atteinte excessive à l'intérêt général. Plus largement, rien ne fait obstacle à ce que, dans un contrat qui comporte des prestations ou des séquences divisibles, le juge du contrat prononce, si l'intérêt général l'exige, des annulations modulées, par exemple en sanctuarisant la saison 1 de la série et en effaçant la saison 2. En outre, vous avez jugé que l'annulation du contrat n'avait pas pour effet, par elle-même, d'anéantir rétroactivement

les actes passés pour son application (CE, 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 413584, au Rec.).

En pratique, les conséquences de l'annulation continuent donc de se régler sur le terrain indemnitaire. La décision Béziers I n'a pas affecté la jurisprudence selon laquelle l'annulation du contrat ouvre droit en principe à indemnité sur deux terrains :

- le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause, qui permet au co-contractant d'obtenir le remboursement des dépenses utiles à la collectivité qui ne lui aurait pas versé de rémunération à ce titre,
- et le terrain quasi-délictuel, qui lui permet d'obtenir réparation des préjudices en lien direct et certain avec les fautes commises par la collectivité.

Il n'est pas superflu de rappeler au passage que ce régime indemnitaire est aussi applicable à l'administration (CE, 22 février 2008, Schmeltz et Orselli, n° 286174, au Rec.) et qu'un délai de prescription de l'action en annulation la frapperait donc tout autant que le cocontractant privé.

Nous est d'abord venue l'idée que ces conséquences indemnitaires ne justifiaient de toute façon pas de prescrire l'action contre le contrat dans la mesure où les créances extra-contractuelles qui découlent de l'annulation sont elles-mêmes soumises à la prescription quadriennale, pour ce qui concerne les créances du co-contractant, et sans doute quinquennale, pour les créances de l'administration. Mais le point de départ n'est pas nécessairement le même.

Sous l'empire de l'action en nullité, vous jugiez, par application de l'article 3 de la loi de 1968, que la prescription quadriennale des créances extra-contractuelles ne pouvait courir lorsque le cocontractant privé n'avait pas connaissance du vice entraînant la nullité, eu égard à sa nature et à l'exécution prolongée du contrat par l'administration (CE, 16 novembre 2005, Auguste et Commune de Nogent-sur-Marne, n° 262360-263709, au Rec.62 ; dans le même esprit : CE, 19 novembre 2013, Sté Credemlux International, n° 352615, au Rec.).

A l'inverse, si le vice était détectable dès l'origine, la prescription courait à compter du 1er janvier de l'année suivant celle de la conclusion du contrat (CE, 7 août 2008, Société Sorimmo, n° 290390). Ce raisonnement épousait fidèlement la logique de la jurisprudence sur la nullité du contrat : dès l'instant que le vice était connu, la nullité s'en déduisait mécaniquement, et le juge se bornait à « constater » ce qui n'était qu'un état du contrat.

Il n'est pas certain que cette solution soit toujours d'actualité. Dans la logique « Béziers I », la mise à l'écart du contrat ne procède pas d'un constat, mais d'une décision du juge. Jusqu'à cette décision, le contrat est la loi des parties. C'est seulement à compter de la décision du juge que les co-contractants ne détiennent plus aucune créance contractuelle, puisque le contrat est alors « désactivé », mais qu'ils sont susceptibles de faire valoir des créances extra-contractuelles.

Ce serait beaucoup présumer des pouvoirs de précognition des parties que d'exiger d'elles qu'elles s'avisent dès la conclusion du contrat que ce dernier sera finalement annulé par le juge, à supposer qu'il soit saisi, à l'issue du parcours d'obstacles que nous avons rappelé. Non sans hésitation, nous serions donc d'avis, comme Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur la décision du 23 décembre 2011, de Massol et autres (n° 345218), que la prescription des créances extra-contractuelles ne peut en principe commencer à courir que du jour où le juge a annulé ou, dans le cadre d'un litige d'exécution, mis à l'écart le contrat. Nous aurions donc scrupule à tirer argument de la prescription

systématique des créances pour justifier l'absence de prescription de l'action Béziers I.

Dans tous les cas, il serait bien imprudent de la part du co-contractant de sabler le champagne. Toutes les fois où il ne pouvait ignorer l'existence du vice, il ne pourra prétendre à aucune indemnisation sur le terrain quasi-délictuel (CE, Section, 10 avril 2008, Sté Decaux et Département des Alpes-Maritimes, n° 244950-284439-248607, Rec. p. 151). S'il y a fraude ou manoeuvres dolosives de sa part, il en ira de même sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Pour le reste, nous ne sommes pas choqués par l'indemnisation d'une partie qui a exposé des dépenses utiles à l'administration, fût-ce dans le cadre d'un contrat vermoulu. Il vous sera toujours possible d'y faire barrage dans des cas extrêmes où la morale s'en trouverait par trop malmenée.

En tout état de cause, si vous admettiez la prescription de l'action directe « Béziers I », se poserait une question de cohérence avec les litiges d'exécution dans lesquels l'invalidité du contrat est invoquée « par voie d'exception » par le co-contractant à l'appui de conclusions qui ne peuvent être, en principe, qu'indemnitaires. Vous avez en effet jugé que, sur le plan indemnitaire, l'annulation et la mise à l'écart du contrat dans le cadre d'un litige d'exécution produisent les mêmes effets (CE, 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, au Rec.).

Par analogie avec le recours « Béziers I action », la jurisprudence « Béziers I exception » opérationnellement beaucoup plus importante, prescrit au juge, par principe, de régler le litige d'exécution sur le terrain contractuel, au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Il ne peut mettre à l'écart le contrat que pour les mêmes raisons que celles qui peuvent justifier l'annulation du contrat - c'est-à-dire un contenu illicite ou un vice d'une particulière gravité. En revanche, vous n'avez pas éclairé l'invocabilité dans le temps de cette exception et la question divisait déjà les cours administratives d'appel au temps de l'action en nullité.

En droit privé, il est d'usage d'évoquer le principe du caractère perpétuel de l'exception de nullité. Le droit positif est beaucoup plus nuancé. L'exception de nullité est invocable dans le même délai de prescription que celle de l'action en nullité – soit désormais 5 ans (Cass. 2e civ., 4 décembre 2008, au Bull.). Au-delà de ce délai, elle n'est perpétuellement invocable que lorsque et aussi longtemps que le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution – règle désormais reprise à l'article 1185 du code civil.

Une exécution, même partielle (Cass. 1ère civ., 1er décembre 1998, n° 96-17761, au Bull.) et étrangère aux obligations arguées de nullité (Cass. 1ère civ., 13 mai 2014, n° 12-28013 et 12-28654, au Bull.), paralyse l'exception de nullité, que celle-ci soit relative ou absolue (Cass. 1ère civ., 24 avril 2013, n° 11-27082, au Bull.). En droit administratif, cette inexécution totale est peu ou prou un cas d'école. L'importation de la solution civiliste dans le contentieux de l'exécution du contrat aboutirait ainsi, cinq ans après la conclusion du contrat et si la prescription est invoquée, à empêcher toute remise en cause des mesures d'exécution en raison de l'invalidité des stipulations contractuelles qu'elles mettent en oeuvre et à contraindre le juge à régler le litige sur le terrain contractuel, fût-ce en présence d'un contrat procédant d'un pacte de corruption ou déléguant la mission de police administrative du maire à une entreprise. Il en irait de même, en sens inverse, lorsque c'est le cocontractant qui exige l'application par la personne publique d'un contrat très gravement vicié. Ce résultat ne nous paraît pas tenable.

Notre conviction, largement partagée en doctrine⁶⁹, est donc que l'exception d'invalidité du contrat administratif n'est pas prescriptible. Dans cette logique, nous ne voyons pas l'intérêt de fermer la lucarne de l'action directe contre le contrat après un certain délai, alors que la porte de l'exception resterait, elle, grande ouverte, avec des conséquences indemnitaires analogues.

Vous l'aurez compris, nous vous proposons de ne pas enserrer dans un quelconque délai de prescription l'action directe des parties contre le contrat qui les lie, pendant sa durée d'exécution. Autant il est parfaitement logique de protéger l'écosystème contractuel des « agressions » extérieures de la part de tiers, raison pour laquelle, d'une part, les référés précontractuel et contractuel sont enserrés dans des délais brefs par les textes et, d'autre part, vous avez créé prétoriennement un délai de forclusion de deux mois pour les recours en annulation des concurrents évincés, dans la décision Tropic Travaux, et de la généralité des tiers, dans la décision Département du Tarn-et-Garonne, et même pour l'action en reprise des relations contractuelles par le cocontractant devenu, d'une certaine manière, un tiers au contrat résilié (décision Béziers II).

Autant les parties doivent pouvoir disposer d'une action en régulation des relations contractuelles tout au long de la vie du contrat, sous l'égide d'un juge-arbitre qui dispose de tous les moyens d'assurer la résilience du contrat autant qu'il le mérite, juge qui peut et ne peut prononcer l'annulation du contrat que dans les cas les plus graves, dans lesquels, justement, il serait assez contestable de faire jouer le droit à l'oubli, annulation qui n'est possible qu'en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général et dont les conséquences ne sont pas et ne sauraient être apocalyptiques. Cet office épouse la réalité et la diversité des contrats et des parties là où un régime de prescription uniforme et fruste les nie. Et voilà peut-être pourquoi, sur les délais, votre décision d'Assemblée est muette.

Nous terminerons ces trop longs développements par deux précisions.

La première porte sur le recours contre le contrat introduit postérieurement à son terme par celui qui en est donc devenu l'ancien co-contractant. Tel sera le cas, en particulier, des contrats à exécution instantanée. Il n'y a pas lieu de l'interdire par principe alors que vous l'admettiez sous l'empire de l'action en nullité et que vous avez jugé que l'exécution complète d'un contrat ne privait pas d'objet le recours en annulation introduit par des tiers (V. décision Société anonyme gardéenne d'économie mixte précitée).

En pratique, nous ne sommes pas inquiet des conséquences opérationnelles d'une telle action : pour des contrats à exécution successive, la loyauté des relations contractuelles passées jouera à plein ; et le champ des moyens susceptibles de déboucher sur une annulation sera aussi restrictif que celui de l'action Béziers I en cours de contrat. Pour autant, il nous paraît conceptuellement difficile, cette fois, d'admettre que l'annulation d'un contrat puisse être recherchée et, exceptionnellement, obtenue indéfiniment après son terme, au regard du principe de sécurité juridique tel qu'explicité par la décision d'Assemblée Czabaj.

Il serait justifié de prévoir une purge contractuelle qui pourrait passer soit par un délai de prescription de cinq ans à compter du terme du contrat, par analogie avec l'action en nullité de laquelle cette action en annulation se rapprocherait soit, ce qui aurait notre préférence intuitivement, par un délai de forclusion, qui pourrait être de deux mois, comme en matière de résiliation, ou éventuellement d'un an, comme le délai Czabaj.

La seconde précision, c'est que notre proposition ne doit pas être interprétée comme l'annonce du grand soir de l'action directe des parties entre le contrat, qui est et doit rester une voie exceptionnelle et résiduelle, sinon une anomalie alors que les litiges entre les parties ont vocation à naître et se résoudre dans l'exécution du contrat. C'est précisément notre conviction profonde et confiante que la ceinture posée par l'Assemblée du contentieux en 2009 est suffisamment serrée pour le garantir que nous vous proposons de ne pas y ajouter les bretelles de la prescription. Nous doutons très sérieusement que les opérateurs économiques entreprennent à la lecture de votre décision de se précipiter dans un prétoire qu'ils ont toujours déserté, y compris sous l'empire d'une prescription trentenaire qui leur ouvrirait pourtant une large et efficace fenêtre de tir. Nous doutons tout autant que la seule menace d'une telle action au-delà des cinq premières années du contrat ait pour effet de renchérir le coût des contrats. La solution que nous vous proposons est d'ailleurs neutre pour les contrats de 5 ans et moins, ce qui couvre la majeure partie des marchés publics.

Si vous nous suivez, vous rappellerez aussi à celles et ceux qui en douteraient que vous n'avez en rien renié votre raison d'être, à savoir d'assurer en tous temps le juste équilibre entre la légalité et la sécurité juridique.

Nous vous invitons donc à annuler l'arrêt de la cour et, réglant l'affaire au fond, à illustrer les rigueurs de la jurisprudence Béziers I par le rejet de l'appel de l'association.

L'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce que l'association se prévale de l'absence de qualité de son président pour la représenter faute de transmission en préfecture du procès-verbal de son élection et de l'absence de qualité de ses membres pour habiliter le président à signer la convention faute pour eux d'être membres du bureau directeur.

L'association se plaint ensuite de la méconnaissance de la procédure prévue à l'article L. 451-10 du code du patrimoine, qui prévoit une autorisation ministérielle et un avis du haut conseil des musées de France préalablement à la cession de collections privées des musées de France. Mais outre que cette disposition n'était pas en vigueur à la date de la convention, une telle irrégularité n'affecte pas le contenu du contrat et n'est certainement pas au nombre des vices d'une particulière gravité justifiant son annulation, à la différence peut-être du cas où les conditions de fond posées à une telle cession ne seraient pas respectées, ce qui n'est pas le cas ici. Et pour ce qui concerne une éventuelle régularisation voire résiliation, nous sommes fermement d'avis que cette irrégularité supposée n'est pas loyalement invocable 16 ans après la date à laquelle la procédure aurait dû être menée. Enfin, le défaut allégué de transmission au contrôle de légalité de la convention elle-même est en tout état de cause sans incidence sur sa validité.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux et au rejet de la requête d'appel ainsi que des conclusions présentées par les parties au titre des frais irrépétibles.

Référence 3 : CE, 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Îles de Saint-Pierre-et-Miquelon, n°412243

Vu la procédure suivante :

Par une décision du 6 juin 2018, le Conseil d'Etat statuant au contentieux, saisi du pourvoi de l'Association pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon tendant à l'annulation de l'arrêt n° 15BX03131 du 29 juin 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté son appel contre le jugement n°

1400039 du 15 juillet 2015 par lequel le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a rejeté sa demande d'annulation de la convention du 31 décembre 1998 par laquelle elle a remis à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon la collection d'oeuvres et d'objets lui appartenant en vue de leur affectation au musée de l'Arche, a sursis à statuer jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de l'ordre de juridiction compétent pour connaître de ce litige.

Par une décision du 10 décembre 2018, le Tribunal des conflits a déclaré la juridiction administrative seule compétente pour connaître de la requête de l'Association pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon.

Vu les autres pièces du dossier, y compris celles visées par la décision du Conseil d'Etat du 6 juin 2018 ;

Vu :

- le code civil ;
- le code du patrimoine ;
- la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;
- la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'Association pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon a conclu avec le conseil général de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, le 31 décembre 1998, une convention prévoyant, sans limitation de durée, d'une part, le transfert à cette collectivité de la propriété de l'ensemble des oeuvres d'art et objets constituant sa collection en vue de son affectation au nouveau musée créé par cette dernière et, d'autre part, les modalités de participation de l'association à la mission de service public de gestion du musée. Cette association se pourvoit en cassation contre l'arrêt en date du 29 juin 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel qu'elle avait formé contre le jugement du tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon en date du 15 juillet 2015 rejetant sa demande tendant à l'annulation de cette convention.

2. Sur renvoi effectué par la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 6 juin 2018, le Tribunal des conflits, par une décision du 10 décembre 2018, a jugé que le contrat conclu entre l'association requérante et la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon a le caractère d'un contrat administratif et que son contentieux relève de la compétence de la juridiction administrative. La collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que la juridiction administrative ne serait pas compétente pour en connaître.

3. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie

ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation. Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci.

4. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent qu'en rejetant la demande par laquelle l'association requérante contestait la validité de la convention du 31 décembre 1998 qu'elle a passée avec la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon au motif que cette action, présentée pendant la durée d'exécution de la convention, était prescrite par application de la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code civil, alors que cette prescription n'était pas applicable à l'action en contestation de validité introduite par l'association requérante, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit.

5. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que l'Association pour le musée des Iles de Saint-Pierre et Miquelon est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

6. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

7. L'association requérante relève appel du jugement du tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon du 15 juillet 2015, en tant qu'il a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la convention du 31 décembre 1998.

8. Il résulte de ce qui a été dit aux points 3 et 4 qu'aucune règle de prescription n'est opposable à l'action en contestation de validité de la convention du 31 décembre 1998 de l'association requérante qui a été exercée pendant la durée d'exécution de ce contrat. Il s'ensuit que l'association est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a rejeté sa demande au motif qu'elle était prescrite par application de la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code civil.

9. Il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les moyens soulevés par l'association requérante devant le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon.

10. En premier lieu, si l'association requérante soutient que la convention du 31 décembre 1998 n'a pas été approuvée par l'autorité administrative après avis du Haut Conseil des musées de France en méconnaissance des dispositions de l'article L. 451-10 du code du patrimoine, cette circonstance, qui ne constitue pas, en tout état de cause, un vice d'une particulière gravité de nature à justifier l'annulation du contrat, n'est pas, en l'espèce, invocable à l'appui de son action, compte tenu de la durée pendant laquelle le contrat litigieux a été exécuté, et eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles.

11. En deuxième lieu, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'association requérante ne saurait invoquer, à l'appui de sa demande d'annulation de la convention du 31 décembre 1998, la circonstance que celle-ci aurait été conclue en méconnaissance des règles de fonctionnement des associations prévues par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association au motif, d'une part, que les membres qui l'ont approuvée ne faisaient pas partie du bureau directeur de l'association et, d'autre part, que le procès-verbal de l'élection du président qui en était signataire n'a pas été transmis au représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale.

12. En troisième lieu, la circonstance que la convention litigieuse n'a pas été transmise au représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale est sans incidence sur sa légalité.

13. Il résulte de ce qui précède que l'association requérante n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a rejeté sa demande en annulation de la convention du 31 décembre 1998.

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de l'association requérante la somme que la collectivité territoriale demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 29 juin 2017 est annulé.

Article 2 : La requête présentée par l'Association pour le musée des Iles de Saint-Pierre et Miquelon devant la cour administrative d'appel de Bordeaux et ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon et à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Référence 4 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 novembre 2019, Société Cerba

Si vous avez très tôt admis le principe d'une application aux contrats administratifs des vices du consentement tels qu'ils sont définis par le code civil, les occasions de le faire ont toujours été rares et les illustrations qu'en comportent votre jurisprudence se comptent, pour les plus fréquents, sur les doigts d'une main. Cela ne rend que plus remarquable la succession, en moins d'une année, de deux affaires portant sur la notion d'erreur de nature à vicier le consentement d'une partie à un contrat administratif. La première a donné lieu à la décision sté Aréa Impianti du 20 décembre 2017 (n° 408562, aux T sur ce point). La seconde est celle qui vient d'être appelée, qui vous permettra également de préciser les modalités d'appréciation de l'intérêt de candidats évincés à contester la validité d'un contrat et des moyens qu'ils peuvent utilement soulever à cette fin.

Au mois de janvier 2014, la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés, devenue la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM), a, en qualité de coordonnateur d'un groupement de commande constitué de l'ensemble des organismes d'assurance maladie nationaux ou spéciaux, lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture, durant quatre ans, de kits de dépistage immunologique du cancer colorectal et la gestion de la solution d'analyse de ces tests, depuis la réception des prélèvements jusqu'à la transmission des résultats. Ce marché, de plus de 146 millions d'euros, a été attribué à un groupement composé des sociétés Cerba, mandataire, et Minigrip Néderlande BV, devenue Daklapack Europe BV, après que les trois autres groupements candidats ont vu leurs offres rejetées comme

irrégulières. Deux de ces candidats évincés ont formé des référés précontractuels qui ont été rejetés au motif que l'irrégularité de leurs offres faisait obstacle à ce qu'ils soient regardés comme lésés par les manquements qu'ils invoquaient. Ils ont alors présenté des conclusions aux fins d'annulation ou de résiliation du contrat, sur le fondement de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne (Ass, 4 avril 2014, n° 358994) et de communication de documents relatifs à la passation du marché. Le tribunal a rejeté leurs recours mais la CAA de Paris, par deux arrêts du 24 avril 2018, a annulé le marché à compter du 1er août dernier, c'est-à-dire pour les cinq derniers mois de son exécution. Elle a revanche confirmé le rejet des conclusions aux fins de communication de certains documents. La société Cerba, mandataire du groupement titulaire et la CNAM ont formé deux pourvois contre cet arrêt en tant qu'il avait annulé le marché, qu'elles ont assorti de demandes tendant à ce qu'il soit sursis à leur exécution. Vous avez fait droit à ces dernières conclusions. Vous devez maintenant statuer sur leurs pourvois, que vous pourrez joindre.

Nous nous concentrerons sur les deux ensembles de moyens qui nous paraissent les plus intéressants et qui portent respectivement sur le vice du consentement retenu par la cour et sur l'appréciation portée par cette dernière des conséquences de l'annulation du contrat pour la sauvegarde des intérêts généraux qu'il contribue à satisfaire.

Même si elle n'a pas employé le terme d'erreur, c'est bien sur l'existence, « dans les circonstances particulières de l'espèce », d'un tel vice du consentement de l'acheteur public que la cour a fondé l'annulation du contrat.

Les vices du consentement sont, vous le savez, avec l'illicéité de l'objet du contrat et les vices d'une particulière gravité, les seules causes d'annulation du contrat, que le juge doit d'ailleurs soulever d'office, qu'il soit saisi par les parties (Ass, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, p. 509) ou, comme en l'espèce, par des tiers contestant la validité du contrat (décision Dépt de Tarn-et-Garonne, précitée).

Le choix de faire des vices du consentement des irrégularités d'ordre public, ce qui permet non seulement au juge de les soulever d'office mais aussi comme en l'espèce à des tiers au contrat de les invoquer voire à une partie qui n'en serait pas victime pour faire obstacle à l'application du contrat, ressort clairement des décisions d'Assemblée que nous venons de citer (voir également Section du 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport) et nous ne le discuterons pas longtemps ici. Le droit civil a en revanche toujours classé ces règles protégeant l'expression de la volonté des parties au contrat parmi les nullités relatives, réservant à la partie qui en est victime la possibilité de s'en prévaloir (art 1131 code civil, pour l'erreur; Cass. Civ.1ère, 1er mars 1988, Bill. Civ. I, n°56). Mais vous n'avez jamais transposé aux contrats administratifs cette distinction entre nullités relatives et absolues qu'il serait difficile d'appliquer de manière identique aux personnes publiques et aux personnes privées dont la rencontre des volontés forment la plupart des contrats administratifs. La protection particulière de l'intégrité du consentement que constitue le régime d'ordre public des vices du consentement dans les contrats administratifs est justifiée pour les personnes publiques qui ne disposent pas de leurs droits comme les personnes privées et par l'intérêt légitime de certains tiers à défendre la sincérité et la régularité de l'action publique. Il n'en demeure pas moins que cela aboutit dans certains cas à une instrumentalisation du vice du consentement lorsqu'il est comme en l'espèce invoqué par des requérants qui n'y ont pas particulièrement d'intérêt, alors que la partie qui pourrait en être victime défend au contraire la validité du contrat. Dans le cas du

dol, la nullité du contrat est ainsi subordonnée à la volonté de la partie qui en a été victime de l'obtenir (19 décembre 2007, Société Campenon-Bernard et autres, n°268918 au rec.).

Nous refermons donc cette parenthèse, avec d'autant moins de regret que le problème posé par l'arrêt attaqué se situe en amont, sur l'identification même du vice du consentement.

Pour juger que la CNAM avait été victime d'une erreur ayant vicié son consentement, la cour a relevé que les prix figurant dans l'offre retenue, à savoir le prix unitaire des kits de dépistage, ne comportaient pas la TVA, laquelle était indiquée comme « non applicable », alors que, s'agissant d'une offre présentée par des sociétés néerlandaises, elle était bien applicable au marché mais devait être acquittée par l'acquéreur. Elle a considéré que le pouvoir adjudicateur avait évalué le coût de l'offre en fonction de ce prix hors taxe, se méprenant ainsi sur le coût total du marché et en a conclu « que si la présentation erronée de l'offre de la société Cerba, ne peut être regardée comme constitutive d'une manoeuvre dolosive, il n'en demeure pas moins, eu égard au prix du marché, au montant des crédits autorisés et à la circonstance que le pouvoir adjudicateur ne pouvait procéder à aucune comparaison de prix, les autres offres ayant été déclarées irrecevables, que l'absence de prise en compte de la TVA dans le coût du marché a été de nature, dans les circonstances particulières de l'espèce, à vicier le consentement du pouvoir adjudicateur ».

Les requérantes soutiennent que ces motifs sont entachés d'erreurs de droit, car une erreur sur le prix ne constitue pas un vice du consentement et que ni le montant des crédits autorisés ni l'absence d'offres concurrentes ne permettent de caractériser une erreur, et de qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (tel est l'apport de votre décision sté Aréa Impianti précitée), car une telle erreur n'a pu altérer le consentement de l'acheteur.

La jurisprudence administrative, beaucoup moins fournie sur ce sujet que la jurisprudence judiciaire, s'est largement inspirée des dispositions du code civil, souvent visées, retenant trois vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence.

L'article 1130 du code civil indique de manière générale que « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. ». L'article 1132 du même code dispose que « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »

Contrairement au dol et à la violence qui impliquent que le consentement d'une partie ait été forcé par des manoeuvres de l'autre partie ou de tiers, l'erreur résulte du constat qu'une partie s'est tellement méprise sur ce sur quoi elle s'engageait que l'accord des volontés qui forme le contrat ne peut être regardé comme établi.

Vous êtes comme le juge judiciaire très réticents à admettre qu'une erreur sur le prix puisse entraîner l'annulation du contrat. Il est certain qu'une mauvaise évaluation par le prestataire des coûts et recettes de l'exécution du contrat n'est jamais constitutive d'une erreur. Vous l'avez affirmé à plusieurs reprises : 30 mai 1980, « sté de la piscine de la dame blanche », n° 12016 ; 25 novembre 1910, Société Gille, Brahic et Thomas, n° 29531, Rec. p. 687 ; CE, Sect., 21 janvier 1944, Société d'entreprises et de constructions en béton armé, Rec. p. 23. La Cour de cassation

juge également que « l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. » (Com., 18 février 1997, Bull. 1997, IV, n°55). La nouvelle rédaction de l'article 1136 du code civil est la reprise presque littérale de cette jurisprudence : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. ». Vous vous en êtes récemment inspirés pour juger qu'une erreur ne portant que sur le prix et non sur les qualités substantielles du contrat ne pouvait constituer un vice du consentement (20 déc 2017, sté Area Impianti, n° 408562, aux T). Comme le soulignait notre collègue Olivier Henrard dans ses conclusions sur cette dernière affaire, « l'idée sous-jacente est qu'une telle erreur n'est pas excusable de la part d'un professionnel normalement diligent ».

Toute erreur sur le prix n'est cependant pas exclue, à condition qu'elle ne porte pas sur l'appréciation par les parties de la valeur de ce qu'elles échangent. La jurisprudence judiciaire a ainsi retenu comme telle des erreurs sur la monnaie dans laquelle était formulé le prix : francs ou euros (CA Orléans, 13 mai 2004, JCP E 2005, p. 1060, RTD civ. 2005, p. 589, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Paris, 6 juin 2005, JCP 2005.IV.3420), anciens ou nouveaux francs (Com., 14 janvier 1969, Bull. civ. IV, n° 13). Dans ces cas, que la doctrine qualifie « d'erreur obstacle », les consentements ne peuvent être regardés comme s'étant accordés sur le même prix puisque celui-ci n'était pas exprimé pour les parties dans la même unité de compte.

Si l'erreur commise en l'espèce se distingue de ces différents types d'erreurs, elle se rapproche davantage de l'erreur sur la valeur que de l'erreur sur l'unité de compte du prix.

Elle ne procède certainement pas d'un malentendu sur la monnaie dans laquelle était indiqué le prix, qui était bien l'euro. Elle porte sur le régime fiscal applicable à la transaction et plus précisément sur les obligations fiscales de l'acheteur dans l'exécution du contrat, qui sont de nature à influencer le coût effectif du marché. Bien que, contrairement aux précédents que nous avons cités, ce n'est pas le prestataire qui fait une mauvaise appréciation économique de la valeur des prestations auxquelles il s'engage, il s'agit bien à notre sens d'une erreur de même nature commise par l'acheteur, qui s'est trompé sur les obligations fiscales qui seraient les siennes dans l'exécution du marché. Et l'origine de cette erreur n'est pas tant la formulation du prix dans l'offre que l'absence de prise en compte, par l'acheteur, du fait que les sociétés candidates avaient leur siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Or, en application de l'article 238 du CGI, "Pour les acquisitions intracommunautaires de biens imposables mentionnées à l'article 258 C, la taxe doit être acquittée par l'acquéreur". L'acheteur pouvait d'autant moins l'ignorer que l'article 27 du CCAP rappelait que « (...) Si le Titulaire est établi dans un autre pays de l'union européenne sans avoir d'établissement en France, il facturera ses prestations hors TVA et aura droit à ce que le pouvoir adjudicateur lui communique un numéro d'identification fiscal. » Le groupement retenu, en indiquant des prix HT dans son offre, s'est conformé à ces stipulations et il n'y aurait eu aucune ambiguïté si les documents de la consultation n'avaient pas prévu une ligne pour les prix TTC que le groupement candidat a pu légitimement estimer devoir remplir pour ne pas s'exposer au risque de voir son offre rejetée comme irrégulière. Il a donc reporté le même prix HT tout en indiquant que la TVA n'était pas applicable. Il était donc clair que le prix indiqué était un prix HT et que la TVA n'était pas applicable à ses prix et non au marché.

Les différentes erreurs reprochées à la cour nous paraissent donc constituées : tout d'abord, l'erreur retenue n'était pas une erreur sur l'unité de compte du prix mais sur son régime juridique qui n'est jamais de nature à vicier le consentement des parties. Sauf à ce qu'elle procède de manoeuvres dolosives en vue de cacher à un contractant des éléments de nature à lui permettre de déterminer le régime juridique applicable aux obligations qu'il contracte, une telle erreur est toujours imputable à celui qui la commet. Ainsi, en l'espèce, un acheteur public comme la CNAM s'appêtant à conclure un contrat de cette importance ne pouvait ou en tout état de cause ne devait ignorer le régime fiscal applicable à cette transaction lorsqu'elle était conclue avec une société ayant son siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ce qui ressortait de son offre. Et s'il avait le moindre doute sur les établissements qu'elle possédait éventuellement en France, il lui appartenait de se renseigner auprès d'elle.

Ensuite, deux des trois circonstances retenues par la cour pour caractériser une erreur sont sans incidence sur cette qualification : l'absence d'offres concurrentes ne justifie ni n'excuse en rien l'erreur commise sur un régime juridique qui ressortait des caractéristiques propres du contrat qu'elle s'appêtait à conclure; le fait que cette erreur l'ait conduite à sous-estimer le coût effectif du marché et à dépasser ses crédits est le propre de toute erreur et ne saurait la faire regarder comme ayant vicié son consentement.

Ces erreurs de droit ont enfin conduit la cour à qualifier à tort l'erreur commise par la CNAM sur le régime fiscal des prestations achetées de vice du consentement de nature à entraîner la nullité du contrat.

L'appréciation des conséquences de l'annulation du marché sur les intérêts généraux qu'il poursuivait est également critiquée, à juste titre nous semble-t-il, par les requérantes.

Vous avez jugé, dans le cadre d'un litige entre les parties au contrat, que "l'appréciation des conséquences qu'il convient de tirer des irrégularités sur le contrat compte tenu de l'objectif de stabilité des relations contractuelles est soumise à un contrôle de la qualification juridique par le juge de cassation" (10 juillet 2013, Commune de Vias, n° 362304, aux T. notamment sur ce point). Les pouvoirs d'appréciation du juge du contrat quant aux conséquences à tirer des irrégularités qu'il constate étant les mêmes qu'il soit saisi par les parties ou par des tiers, vous effectuerez le même contrôle sur cette appréciation portée dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat formé par des tiers et concernant les effets de l'annulation du contrat sur l'intérêt général.

La cour a estimé "que compte tenu de l'existence de tests de dépistage aisément accessibles et de la circonstance que la campagne de prévention arrive à son terme sans avoir obtenu les résultats escomptés, l'annulation du contrat ne peut être regardée comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général".

Nous ne partageons pas cette appréciation des effets de l'annulation du contrat.

Outre que nous ne voyons pas dans les pièces du dossier ce qui permettrait à la cour de juger de l'efficacité de la campagne de prévention, l'existence de tests de dépistage dans le commerce ne compense absolument pas une campagne de prévention de grande ampleur comme celle qui était menée. Alors que l'acquisition de ces tests, dont l'usage est plus compliqué, implique une démarche individuelle volontaire de chaque personne, le programme national de dépistage a permis de toucher une très large population de 32 millions de personnes. L'annulation du marché quelques mois avant son terme normal, y compris avec un effet

différé qui ne permettrait pas de passer un nouveau marché, aurait eu pour effet d'interrompre ce programme qui répond à un enjeu de santé publique majeure, le cancer colorectal, qui est le 2ème cancer le plus meurtrier en France, pouvant être prévenu par un dépistage précoce, privant un grand nombre de personnes du bénéfice de ce dépistage ou de l'analyse de leurs échantillons.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué en tant qu'il a prononcé l'annulation du marché litigieux. Il nous semble opportun, compte tenu de la proximité du terme du marché, de régler l'affaire au fond.

Vous devrez commencer par statuer sur les fins de non recevoir opposées par la société Cerba et tirées de ce que les candidats évincés, dont les offres étaient irrégulières et dont les référés précontractuels ont été rejetés, ne seraient pas recevables à contester la validité du contrat.

Comme l'indique votre décision Département de Tarn-et-Garonne précitée, "tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles". Les candidats évincés, auxquels vous aviez déjà ouvert un tel recours sept ans plus tôt par votre décision Société Tropic Travaux Signalisation (Assemblée, 16 juillet 2007, n° 291545, p. 360) sont évidemment au nombre de ces tiers (Sect, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, précitée). Ce recours est ouvert, comme le précise encore la décision Dépt de Tarn-et-Garonne, indépendamment des autres recours que peuvent exercer les mêmes requérants, notamment le référé précontractuel. La circonstance qu'ils l'aient exercé sans succès est donc sans incidence sur leur recevabilité à contester la validité du contrat conclu.

Comme tous les tiers à l'exception des membres des assemblées délibérantes et du représentant de l'Etat dans le département qui n'ont pas à établir d'intérêt particulier, les candidats évincés de l'attribution du contrat qu'ils contestent doivent établir être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou par les clauses du contrat. Cette condition de recevabilité, qui traduit l'exigence d'un intérêt pour agir plus fort que celui traditionnellement attendu des requérants en excès de pouvoir, ne doit pas être confondue avec la condition également posée par cette décision relative aux moyens qui peuvent être utilement soulevés, selon laquelle "les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office".

Vous avez précisé que "le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction" (Sect, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, précitée). Cette règle est, comme nous le verrons bientôt, de nature à limiter les moyens que peut soulever un candidat qui a été évincé en raison de l'irrégularité de son offre. Mais nous ne pensons pas qu'elle doive influencer sur l'appréciation de son intérêt pour agir, qui ne doit dépendre que des bénéfices qu'il peut personnellement et légitimement attendre de la résiliation ou de l'annulation du contrat à laquelle tend son recours.

Or, en tant que candidat évincé à l'obtention d'un contrat, il a intérêt à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de ce contrat attribué à

l'un de ses concurrents afin notamment de retrouver, lors d'une éventuelle nouvelle mise en concurrence, une chance de l'obtenir. Lui dénier un intérêt pour agir au motif que son offre a été éliminée ou que sa candidature a été rejetée le priverait en outre de toute possibilité de contester la régularité de la cause de son éviction en dehors des référés précontractuels et contractuel. Mais le premier peut-être fermé par la signature du contrat et le second est aussi étroit dans ses conditions d'accès que de succès. Une conception trop restrictive de l'intérêt à contester la validité du contrat porterait donc une atteinte excessive au droit au recours du candidat évincé.

Une personne qui s'est portée candidate à l'obtention d'un contrat de la commande publique ou qui a été empêchée de le faire nous semble donc avoir de ce fait un intérêt suffisant à contester la validité du contrat. En revanche, la personne qui ne s'est pas portée candidate et qui ne soutient pas avoir été privée de la possibilité de le faire, qui ne peut donc se prévaloir d'aucun intérêt tiré d'une éviction de la procédure, devra établir être lésée dans d'autres de ses intérêts pour être recevable à agir.

Si l'irrégularité de son offre qui a motivé son éviction ne saurait priver un candidat d'intérêt à contester la validité du contrat, elle aura en revanche une incidence sur l'appréciation des moyens qu'il peut utilement invoquer à l'appui de ses conclusions.

Comme nous venons de le dire, l'exigence générale posée par votre décision Département de Tarn-et-Garonne selon laquelle les moyens invoqués pour contester la validité du contrat doivent, sauf s'ils sont d'ordre public, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut le requérant se traduit, pour celui qui agit en qualité de candidat évincé, par le fait qu'il ne peut invoquer que des "manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction".

L'application de cette règle a conduit le tribunal à raisonner en deux temps. Il a d'abord examiné les moyens par lesquels les requérants candidats évincés critiquaient les motifs du rejet de leurs offres. Puis, ayant estimé que leurs offres étaient irrégulières et avaient été éliminées à bon droit, il a jugé "qu'eu égard au caractère irrégulier de l'offre que les sociétés requérantes ont présentée, les autres manquements dont les sociétés requérantes se prévalent ne sont pas susceptibles de les avoir lésées".

Ce raisonnement et sa conclusion sont directement inspirés de l'appréciation de l'opérance des moyens en référé précontractuel, qui n'est expressément ouvert, aux termes de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, qu'aux personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et "qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué". Vous en avez déduit de manière générale, par votre décision SMIRGOMES (Section, 3 octobre 2008, n° 305420, p. 324), que seuls peuvent être invoqués à l'appui de ce recours les manquements "qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser", la lésion s'entendant, pour le candidat à l'obtention d'une commande publique, de la perte de la chance de l'obtenir.

La conséquence de cette règle est qu'un candidat qui ne pouvait se voir attribuer le contrat parce que sa candidature "devait elle-même être écartée ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable" ne peut jamais être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, puisque l'irrégularité de ce choix n'est pas la cause de son éviction (11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a., n° 354652, aux T sur ce point).

Les requérantes ne reprochent pas au tribunal de s'être inspiré de cette jurisprudence pour l'appréciation de l'opérance des moyens dans un autre cadre contentieux, celui de la contestation de la validité du contrat. Vous vous en étiez vous-mêmes inspirés pour poser, pour ce dernier contentieux, l'exigence du lien direct entre les moyens invoqués et l'intérêt lésé par les requérants.

Mais elles critiquent l'application qui en a été faite dans le cas particulier où, comme elles le soutiennent, l'offre retenue est elle-même irrégulière. Elles font valoir que dans cette hypothèse la résiliation du contrat leur permettra de candidater à une nouvelle procédure de mise en concurrence et d'avoir ainsi une chance d'obtenir le marché. Elles se prévalent de plusieurs arrêts par lesquels la CJUE a jugé que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière » (CJUE, 4 juillet 2013, Fastweb, n° C-100/12, § 33 ; CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, PFE, aff. C-689/13, § 24-30).

La cour reconnaît ainsi au candidat évincé un intérêt suffisant à invoquer l'irrégularité de l'offre retenue alors même que la sienne était irrégulière car ce manquement peut alors faire obstacle à la conclusion du contrat et obliger l'acheteur à reprendre la procédure à un stade antérieur où le candidat évincé pourra présenter une nouvelle offre régulière et obtenir ainsi une chance de se voir attribuer le marché. Certes, tout manquement peut avoir cet effet. Mais le principe d'égalité entre les candidats s'oppose seulement à ce que l'irrégularité d'une offre soit opposée à un seul candidat. L'identité de nature du motif d'éviction d'une offre permet à celui à qui elle a été opposée, même à raison, de soutenir qu'elle aurait dû l'être aussi à son concurrent, afin que l'annulation de la procédure qui en résulte les remette dans la compétition sur un pied d'égalité.

Cette logique est confirmée a contrario par la solution différente retenue par la cour dans le cas où la décision d'exclusion du soumissionnaire évincé a été « confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue, de telle sorte que ledit soumissionnaire devait être considéré comme étant définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause » (CJUE, 11 mai 2017, Archus et Gama, aff. C-131/16, § 57, explicitant la solution retenue par son précédent arrêt Caverion du 21 décembre 2016, aff. C-355/15).

Son exclusion définitive de la procédure fait alors perdre au candidat évincé tout intérêt à l'annulation d'une procédure à laquelle, même si elle devait reprendre à un stade antérieur, il n'aurait aucun droit à participer.

Cette jurisprudence devrait probablement vous conduire à nuancer la rigueur de l'application en référé précontractuel de votre jurisprudence Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres dans l'hypothèse particulière d'une contestation de la régularité de toutes les offres dans une même instance. Mais s'impose t-elle également à l'appréciation de l'opérance des moyens dans le cadre du contentieux de la validité du contrat ?

Nous ne le pensons pas, et pas seulement parce que ce contentieux ne relève pas du champ de la directive européenne portant coordination des procédures de recours en matière de passation

des marchés publics, dans lequel se situent les arrêts de la CJUE. La raison est plus substantielle.

L'extension de cette jurisprudence peut sembler à première vue logique. Comme nous l'avons dit, la condition selon laquelle les candidats évincés ne peuvent utilement invoquer à l'appui de leur contestation de la validité du contrat que les "manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction" est fortement inspirée de la règle applicable au référé précontractuel selon laquelle le requérant ne peut faire valoir que les manquements qui l'ont lésé ou ont été susceptibles de le léser. Si l'irrégularité de son offre ne fait pas obstacle à ce qu'un candidat évincé soit regardé, dans le cadre d'un référé précontractuel, comme lésé par la décision de retenir une offre concurrente irrégulière, pour quelle raison le ferait-elle dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, dont la finalité est également d'obtenir la remise en cause de l'attribution du marché et, à terme, l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution ?

Cette raison nous paraît tenir à la différence d'objet des deux recours contentieux. Le référé précontractuel porte sur une procédure de passation qui n'est pas achevée, de sorte que son annulation permet de la reprendre régulièrement en réintégrant dans la compétition le candidat évincé. Le recours en contestation de la validité du contrat porte en revanche sur un contrat conclu, dont l'éventuelle résiliation ou résolution ne rouvrira pas la procédure d'attribution dont le requérant a été évincé.

La situation du candidat évincé dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat est plus proche de celle du candidat définitivement évincé qu'a réservée la Cour de justice dans ses décisions Caverion et Archus et Gama : il a perdu toute chance de participer à la procédure de sélection, non pas parce que la décision qui l'a exclu est devenue définitive, mais parce que la conclusion du contrat a définitivement clos la procédure d'attribution. Certes, son intérêt à agir tient à l'éventualité d'une remise en concurrence de l'achat public. Mais cette éventualité est ici trop incertaine et surtout ne justifie pas de faire un sort particulier au cas où l'offre retenue était irrégulière.

Tout manquement peut conduire à une résiliation du marché sans pour autant être en rapport direct avec l'éviction du requérant. En posant cette condition, vous avez entendu limiter les manquements invocables par les candidats évincés à ceux qui leur avaient fait perdre une chance d'obtenir le marché dans la procédure dont ils ont été évincés. Un manquement qui, invoqué avant le terme de la procédure, est opérant parce qu'en conduisant à son annulation, il peut permettre aux candidats de présenter de nouvelles offres qui seront peut-être régulières, c'est-à-dire parce qu'il peut avoir une influence sur une procédure en cours, ne l'est pas nécessairement lorsqu'il s'agit d'apprécier la régularité d'une procédure achevée à l'occasion de la contestation du contrat.

Pour cette raison, la jurisprudence de la CJUE dont se prévalent les candidats évincés ne nous semble pas transposable au contentieux de la validité du contrat, où seuls demeurent opérants les manquements en rapport direct avec les motifs de leur éviction. Nous vous invitons donc à confirmer le raisonnement du tribunal consistant à n'examiner que les moyens dirigés contre les motifs de l'éviction des candidats évincés ainsi que les moyens d'ordre public.

Si vous partagez cet avis, vous écarterez comme inopérants les moyens tendant à contester la régularité de l'offre retenue ainsi, a fortiori, que son acceptabilité au regard des crédits que l'acheteur aurait décidé d'allouer à ce marché.

Commençons par la critique du motif d'élimination des offres des candidats évincés. Ceux-ci reprenaient devant le juge d'appel les mêmes arguments qu'ils avaient développés sur ce point devant le tribunal.

Leurs offres ont été éliminées en raison de leur non-conformité aux stipulations de l'article 2.1 du cahier des clauses techniques particulières qui prévoyait bien, contrairement à ce qu'ils affirmaient, que chaque kit de dépistage livré par le prestataire aux médecins devait comporter une fiche d'identification personnalisée comportant les coordonnées du médecin renseignées par le prestataire.

Or ils ne contestent pas que leurs offres comportaient une fiche vierge contenue dans le kit lui-même et que la fiche mentionnant les éléments d'identification personnalisée du médecin ne se trouvait pas dans le kit mais à l'extérieur, dans le coffret de livraison des kits. Leurs offres ne respectaient donc effectivement pas une condition du règlement de la consultation qui, contrairement à ce qu'ils soutiennent, n'était pas superflue, dans la mesure où ce sont les patients qui doivent coller les fiches d'identification avant de renvoyer le test au laboratoire dans l'enveloppe prévue à cet effet. En séparant la fiche d'identification du médecin du kit, les offres éliminées contraignaient le médecin à penser à donner à leurs patients la fiche en plus du kit et à ceux-ci à veiller à ne pas l'égarer, alors que tout le dispositif repose sur sa facilité d'utilisation, qui permet au patient de trouver à l'ouverture du kit tous les éléments nécessaires à la réalisation du test. Les appelantes ne sont donc pas fondées à soutenir que le tribunal aurait jugé à tort que leurs offres devaient être éliminées.

Outre les manquements en rapport direct avec leur éviction, les candidats évincés peuvent ensuite, comme tout requérant, soulever tous les vices susceptibles d'entacher la validité du contrat ayant un caractère d'ordre public. Outre les vices de consentement, ces vices tiennent soit à l'illicéité du contenu du contrat, soit à l'existence d'une irrégularité d'une particulière gravité.

Les sociétés évincées, qui soutiennent que les différents manquements qu'elles ne peuvent utilement soulever, notamment le caractère prétendument inacceptable de l'offre retenue, sont d'une particulière gravité, reprochent au tribunal d'avoir irrégulièrement omis de « s'interroger sur la gravité des manquements commis par la CNAMTS ». Toutefois, en jugeant inopérants les moyens relatifs à ces manquements, le tribunal a implicitement mais nécessairement considéré qu'ils n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils présentaient un caractère d'ordre public. La réserve des manquements d'une particulière gravité visant les cas tout à fait exceptionnels où le juge ne saurait s'abstenir d'annuler un contrat qui, par exemple, constituerait une infraction pénale, il n'y a pas lieu d'exiger de lui qu'il indique systématiquement que les manquements invoqués devant lui ne présentent pas un caractère de particulière gravité.

Les sociétés requérantes soutiennent enfin que les circonstances que le marché n'indiquait pas le montant de la TVA, que n'était pas prévu « l'octroi de mer », ancienne taxe portant sur l'importation de biens dans les départements d'outre-mer (Martinique, Guadeloupe, Guyane et La Réunion) aujourd'hui prévue par une loi du 2 juillet 2004, et que le contrat méconnaît les dispositions d'un arrêté du 23 septembre 2014 portant introduction du test immunologique dans le programme de dépistage organisé du cancer colorectal qui, selon elle, impose une lecture des prélèvements par au moins de deux centres de traitement, constitueraient aucun d'illicéités qui entacheraient le contenu du contrat.

La réponse que vous ferez à ces moyens vous permettra de préciser quelles sont les illicéités affectant le contenu du contrat qui revêtent un caractère d'ordre public et entraînent en principe son annulation, que le juge soit saisi par les parties ou par les tiers. La présence d'une telle illicéité fait également obstacle à ce que le juge ordonne la reprise des relations contractuelles (1er octobre 2013, sté Espace Habitat construction, n° 349099, aux T sur ce point) et impose en principe à la personne publique cocontractante de faire droit à une demande de résiliation du contrat (Section, 3 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, n° 398445) ainsi qu'à la juridiction arbitrale internationale d'écarter le contrat, l'application d'un contrat dont l'objet est illicite méconnaissant l'ordre public (Ass, 9 novembre 2016, sté Fosmax LNG, n° 388806).

La constance de cette réserve de l'illicéité du contenu ou de l'objet du contrat, les deux termes étant à notre avis équivalents, la force que lui donne son caractère d'ordre public dans un contentieux où ces moyens sont devenus exceptionnels et l'importance des effets qui y sont attachés, indiquent que cette qualification ne saurait s'appliquer qu'aux contrats dont l'objet même ou une clause est contraire à une norme supérieure ou, pour le dire autrement, dont les obligations qu'il fait naître sont directement contraire à la loi.

Dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée Cne de Béziers de 2009 par laquelle vous avez pour la première fois défini restrictivement les catégories de vices d'ordre public susceptibles d'entraîner l'annulation du contrat, Emmanuel Glaser indiquait que le juge ne pourra annuler le contrat que dans certains cas qui ne peuvent être qu'exceptionnels, notamment « lorsque l'objet du contrat porte sur une matière où la personne publique ne peut pas contracter ou contient des stipulations contraires à l'ordre public, comme dans les affaires Ville de Castelnaudary ou Eurolat, précitées. Le juge ne peut pas, en effet, maintenir un contrat dont l'objet est illicite car cela le conduirait à faire application lui-même, dans le litige contractuel, des stipulations illicites ».

Les quelques rares cas où vous avez identifié une telle irrégularité vont dans ce sens. Vous avez ainsi jugé illicite l'objet d'une convention confiant la réalisation d'une opération d'aménagement urbain d'une zone littorale, inconstructible (10 juillet 2013, Cne de Vias, n° 362304, aux T sur ce point) ou concédant à une société un droit réel sur une dépendance de son domaine public, à une date à laquelle elle ne le pouvait pas légalement (1er octobre 2013, sté Espace Habitat construction, précitée).

L'illicéité de l'objet du contrat ne couvre donc pas toute méconnaissance d'une règle de droit à laquelle pourrait conduire l'exécution du contrat, dès lors que l'obligation qu'il institue n'est pas, par elle-même, interdite par une norme supérieure. Par exemple, l'objet d'un marché classique de travaux publics pour la rénovation d'une école ne sera pas illicite du fait que le titulaire a prévu l'utilisation de matériaux non conformes à telle ou telle norme réglementaire, car ce n'est pas le contrat qui fait naître l'obligation d'utiliser ce matériau non réglementaire.

Son offre était irrégulière, elle devait être éliminée, mais le contrat qui la retient n'en est pas pour autant entaché d'une illicéité d'ordre public relative à son objet. Cette irrégularité peut être saisie en référé précontractuel ou invoquée par les parties si ce manquement est en rapport avec leur intérêt lésé, mais il n'appartient pas au juge de s'en saisir d'office. Une solution différente consacrerait une extension considérable de la catégorie des irrégularités d'ordre public qui rompraient l'équilibre que vous avez élaboré depuis votre première décision Cne de Béziers de 2009, alourdirait considérablement l'office du juge du contrat et nourrirait un contentieux qui n'en a nullement besoin.

Si vous partagez cette conception de l'illicéité du contenu du contrat, vous constaterez qu'aucune des prétendues irrégularités soulevées par les candidates évincées ne présentent ce caractère.

En premier lieu, la circonstance qu'un contrat ne mentionne pas telle ou telle imposition à laquelle son exécution donnera lieu n'affecte pas la licéité de son objet. Il faudrait que le contrat ait pour objet ou pour effet nécessaire de méconnaître la législation fiscale, par exemple en organisant un système d'évasion fiscale, pour que l'on puisse considérer que son objet est illicite. Ne pas mentionner la TVA ou l'octroi de mer, deux impositions qui seront dues lors de l'exécution du contrat et qui, pour la première au moins, a été acquittée régulièrement par l'acheteur, est donc insusceptible d'entacher la licéité de l'objet du contrat.

En second lieu, la circonstance que l'offre retenue ne respecterait pas un arrêté prévoyant un certain nombre de centres de traitement porte sur une modalité d'exécution de prestations dont l'objet n'est contraire à aucune norme supérieure. Elle ne concerne donc pas davantage la licéité de l'objet du contrat. Au demeurant, l'arrêté invoqué par les appelantes n'était pas applicable au marché et n'impose pas, contrairement à ce qu'elles soutiennent, la participation d'au moins deux centres de traitement.

Nous vous proposons donc de juger que les appelants ne peuvent utilement invoquer ces manquements qui, d'ailleurs, n'en sont pas et qu'ils ne sont par suite pas fondés à se plaindre de ce que le tribunal aurait, à tort, rejeté leurs conclusions aux fins d'annulation du marché litigieux.

Vous rejetterez donc les appels de la société GLBM et du GIE Labco Gestion, à la charge desquels vous pourrez mettre le versement aux sociétés Cerba et Dakelapack Europe B.V., d'une part, et à la CNAM, d'autre part, d'une somme de 4 500 euros chacune, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 5 : CE, 9 novembre 2019, Société Cerba

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La société Groupement des laboratoires de biologie médicale (GLBM), la société Exalab, la société Reunilab, la société Synergibio et la société Beckman Coulter France ont demandé au tribunal administratif de Paris, d'une part, d'annuler, ou, à défaut, de résilier le marché public conclu le 19 décembre 2014 par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) avec la société Cerba, relatif à la fourniture de kits de dépistage immunologique du cancer colorectal et à la gestion de la solution d'analyse des tests immunologiques quantitatifs de dépistage, et, d'autre part, d'enjoindre à la CNAMTS de communiquer les documents relatifs à la procédure de passation et au marché signé. Par un jugement n° 1503085 du 30 septembre 2016, le tribunal administratif de Paris a rejeté leur demande.

Le groupement d'intérêt économique (GIE) Labco Gestion a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler, ou, à défaut, de résilier le même marché. Par un jugement n° 1503071 du 30 septembre 2016, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande.

Par un arrêt n°s 16PA03554, 16PA03573 du 24 avril 2018, la cour

administrative d'appel de Paris a, sur appel de la société GLBM et du GIE Labco Gestion, annulé ces jugements ainsi que le marché public conclu le 19 décembre 2014 entre la CNAMTS et la société Cerba, avec effet au 1er août 2018.

Procédures devant le Conseil d'Etat

1° Sous le numéro 420654, par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 15 mai et 8 octobre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les sociétés Cerba et Delapack Europe B.V. demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter les requêtes de la société GLBM et du GIE Labco Gestion ;

3°) de mettre solidairement à la charge de la société GLBM et du GIE Labco Gestion la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le numéro 420663, par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 15 mai et 5 octobre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Caisse nationale d'assurance maladie demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter les requêtes de la société GLBM et du GIE Labco Gestion ;

3°) de mettre solidairement à la charge de la société GLBM et du GIE Labco Gestion la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code civil ;
- le code général des impôts ;
- le code des marchés publics ;
- l'arrêté du 23 septembre 2014 portant introduction du test immunologique dans le programme de dépistage organisé du cancer colorectal ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant que les pourvois des sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V., d'une part, et de la Caisse nationale d'assurance maladie, d'autre part, sont dirigés contre le même arrêt ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS, devenue CNAM le 1er janvier 2018), agissant en qualité de coordonnateur d'un groupement de commandements constitué d'organismes d'assurance maladie, a, par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne du 28 janvier 2014, lancé un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché consistant, pour une durée de quatre ans, en la fourniture aux médecins et aux structures de gestion de " kits de dépistage immunologique " du cancer colorectal destinés à la population cible du programme de dépistage de ce cancer et en la " gestion de la solution d'analyse des tests ", de la réception des prélèvements jusqu'à la transmission des résultats ; que les sociétés Groupement des laboratoires de biologie médicale (GLBM), Beckman Coulter France, Exalab, RéuniLab, Synergibio et l'Institut inter régional pour la santé, composant un groupement momentané d'entreprises ayant pour mandataire la société GLBM, ont présenté une offre ; que le groupement d'intérêt économique (GIE) Labco Gestion, les sociétés CSP et Epicconcept et les laboratoires Barla, Bioliance, Labco midi et Biopaj, composant un groupement momentané

d'entreprises ayant pour mandataire le GIE Labco Gestion, ont également présenté une offre ; que la CNAMTS a rejeté ces offres ainsi que celle d'un groupement constitué autour de l'Institut Pasteur de Lille comme irrégulières par des décisions du 6 octobre 2014 et a attribué le marché le 19 décembre 2014 au groupement constitué par la société Cerba, mandataire, et par la société Daklapack Europe BV, anciennement Minigrip Nederland B.V. ; que, saisi par la société GLBM et les autres membres de son groupement, d'une part, et le GIE Labco Gestion, d'autre part, d'un recours contestant la validité de ce contrat, le tribunal administratif de Paris a, par deux jugements du 30 septembre 2016, rejeté les requêtes tendant à l'annulation ou, à défaut, à la résiliation du marché ; que, par un arrêt du 24 avril 2018, la cour administrative d'appel de Paris a, sur appel des sociétés GLBM et du GIE Labco Gestion, prononcé l'annulation du marché avec effet au 1er août 2018 ; que, par la décision n°s 420656, 420665 du 12 juillet 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a ordonné le sursis à exécution de cet arrêt jusqu'à ce qu'il soit statué sur les présents pourvois, dirigés contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en tant qu'il annule le marché en litige ;

Sur le cadre juridique du litige :

3. Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ; qu'un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ;

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

l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

Sur le pourvoi :

5. Considérant, en premier lieu, qu'une erreur conduisant à une appréciation inexacte du coût d'un achat par le pouvoir adjudicateur n'est pas, en elle-même, constitutive d'un vice du consentement ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'offre de la société Cerba était présentée, pour les kits de dépistage, pour un prix hors taxes et indiquait que la TVA n'était pas applicable, alors que cette taxe avait seulement pour redevable, en application de l'article 283 du code général des impôts, non la société néerlandaise membre du groupement qui réalisait les dispositifs, mais la CNAM, qui les achetait ; que, toutefois, à supposer même que, ainsi que le relève l'arrêt attaqué, la CNAM se soit, du fait de cette ambiguïté, méprise sur le coût total de l'offre pour elle et ait estimé à tort qu'il ne dépassait pas le montant des crédits budgétaires alloués au marché, la cour administrative d'appel de Paris a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en retenant, au vu des circonstances de fait qu'elle avait relevées, l'existence d'un vice du consentement de nature à affecter la validité du marché ;

6. Considérant, en second lieu, que la cour a estimé que, compte tenu de l'existence d'autres tests de dépistage aisément accessibles et de la circonstance que la campagne de prévention arrivait à son terme sans avoir obtenu les résultats escomptés, l'annulation du contrat ne pouvait être regardée comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général et a prononcé son annulation, eu égard à l'intérêt s'attachant dans l'immédiat à la poursuite de l'exécution du contrat, avec effet différé au 1er août 2018 ; que, toutefois, compte tenu de l'enjeu majeur de santé publique que représente le dépistage du cancer colorectal, qui est l'un des cancers les plus meurtriers en France, à l'objet du marché litigieux, qui s'inscrit dans le cadre d'un vaste programme de santé publique, et aux conséquences de l'interruption du service sur l'efficacité du programme de dépistage, la cour administrative d'appel de Paris a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que l'annulation du contrat litigieux ne portait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que la CNAM et les sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V. sont fondées à demander l'annulation de l'arrêt qu'elles attaquent en tant qu'il annule le marché contesté avec effet au 1er août 2018 ;

8. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond dans cette mesure ;

Sur les fins de non recevoir opposées par la société Cerba :

9. Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, la circonstance qu'un concurrent évincé ait d'abord formé un référé précontractuel afin d'obtenir l'annulation de la procédure de passation ne fait pas obstacle à ce qu'il saisisse ensuite le juge administratif d'un recours en contestation de la validité du

contrat ; que la circonstance que son offre ait été rejetée comme irrégulière n'est pas non plus de nature à le priver de la possibilité de faire un tel recours ; que, par suite, la société Cerba n'est pas fondée à soutenir que les requêtes de la société GLBM et du GIE Labco Gestion seraient, pour de tels motifs, irrecevables ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

En ce qui concerne la régularité du jugement :

10. Considérant que la société et le GIE requérants soutiennent que le jugement attaqué est irrégulier, faute pour le tribunal administratif de Paris, d'avoir examiné tous leurs moyens ; qu'ainsi qu'il a été rappelé au point 3, un concurrent évincé ne peut invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ; qu'après avoir écarté les moyens dirigés contre les décisions rejetant leurs offres comme irrégulières, le tribunal administratif de Paris a écarté tous les autres manquements dont se prévalaient les requérants au motif qu'en égard au caractère irrégulier de leurs offres, ces manquements n'étaient pas susceptibles de les avoir lésés ; qu'il a ainsi, implicitement mais nécessairement, jugé aussi qu'aucun de ces manquements n'entachait le contrat litigieux d'un vice d'ordre public ; que si les requérants contestent l'appréciation portée sur ce point par le tribunal, il n'en résulte en tout état de cause pas que le jugement serait entaché d'une insuffisance de motivation ;

En ce qui concerne le bien-fondé du jugement :

11. Considérant que les requérants soutiennent, d'une part, que leurs offres n'auraient pas dû être rejetées comme irrégulières et, d'autre part, que l'offre présentée par la société Cerba était entachée de graves irrégularités et aurait dû être rejetée comme irrégulière ou inacceptable ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 3, un concurrent évincé ne peut invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que des manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat en rapport direct avec son éviction ; qu'au titre de tels manquements, le concurrent évincé peut contester la décision par laquelle son offre a été écartée comme irrégulière ; qu'un candidat dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait en revanche soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres ; qu'il ne saurait notamment soutenir que ces offres auraient dû être écartées comme irrégulières ou inacceptables, un tel manquement n'étant pas en rapport direct avec son éviction et n'étant pas, en lui-même, de ceux que le juge devrait relever d'office ; qu'il en va ainsi y compris dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, toutes les offres ont été écartées comme irrégulières ou inacceptables, sauf celle de l'attributaire, et qu'il est soutenu que celle-ci aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable ;

Quant au rejet des offres des requérants comme irrégulières :

12. Considérant que pour soutenir que leurs offres étaient conformes aux documents de la consultation et n'auraient pas dû être rejetées comme irrégulières, les requérants se bornent à reprendre les arguments qu'ils ont présentés en première instance et que les premiers juges ont écartés par un jugement suffisamment motivé ; qu'il y a lieu, par adoption des motifs retenus par le tribunal administratif de Paris, d'écarter ce moyen ;

Quant aux autres moyens :

13. Considérant que, pour les motifs exposés au point 5, aucun vice du consentement ne saurait être retenu ;

14. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 11 que les requérants, dont les offres ont été à bon droit écartées comme irrégulières, ne peuvent soutenir que l'offre de la société Cerba aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable ;

15. Considérant que si les requérants entendent soutenir que, du fait des irrégularités de l'offre de la société Cerba, attributaire du marché, qui la rendaient, selon eux, irrégulière et inacceptable, le contenu du contrat litigieux est lui-même entaché d'un vice, il résulte de ce qui a été dit au point 11 qu'ils ne peuvent soulever un tel moyen que si le vice ainsi allégué est d'ordre public, c'est-à-dire si le contenu du contrat est illicite ; que le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement ;

16. Considérant que si les requérants entendent à cet égard soutenir, en premier lieu, que les stipulations du contrat litigieux, telles qu'elles résultent de l'acte d'engagement signé après l'attribution du marché à la société Cerba, sont entachées de vices d'ordre public, d'une part, parce que le prix des kits de dépistage est fixé hors taxes alors que la CNAM devra en outre, en vertu de l'article 283 du code général des impôts, verser directement au Trésor le montant de la taxe sur la valeur ajoutée afférente, d'autre part, parce que le prix TTC de ces prestations dépasse les crédits budgétaires alloués au marché, de tels vices, à les supposer établis, ne sauraient en tout état de cause caractériser un contenu du contrat illicite ;

17. Considérant que si les requérants entendent soutenir, en second lieu, que le contenu du contrat litigieux est entaché d'un vice d'ordre public, au motif qu'il prévoit que son titulaire, conformément à ce que proposait son offre, devra faire procéder à la lecture des tests immunologiques dans un seul laboratoire, en méconnaissance de la réglementation en matière de santé publique, notamment de l'arrêté du 23 septembre 2014 portant introduction du test immunologique dans le programme de dépistage organisé du cancer colorectal, un tel moyen ne peut qu'être écarté dès lors qu'en tout état de cause, la réglementation dont se prévalent les requérants n'était pas applicable au marché en litige et n'impose d'ailleurs pas un nombre minimum de centres de lecture des tests ;

18. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société GLBM et le GIE Labco Gestion ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a rejeté leurs demandes ; que leurs demandes d'annulation ou, à défaut, de résiliation du marché litigieux doivent être rejetées ;

19. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge respectivement de la société GLBM et du GIE Labco Gestion les sommes de 4 000 euros à verser, d'une part, à la société Cerba et à la société Daklapack Europe BV à parts égales et, d'autre part, à la CNAM au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge des sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V. et de la CNAM qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes ;

D E C I D E :

Article 1er : Les articles 1er à 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 24 avril 2018 sont annulés.

Article 2 : Les conclusions d'appel de la société GLBM et du groupement d'intérêt économique Labco Gestion tendant à l'annulation des jugements du tribunal administratif de Paris du 30 septembre 2016 ainsi qu'à l'annulation ou, à défaut, à la résiliation du marché conclu le 19 décembre par la CNAM pour la fourniture de " kits de dépistage immunologique " du cancer colorectal et la " gestion de la solution d'analyse des tests " sont rejetées.

Article 3 : La société GLBM et le groupement d'intérêt économique Labco Gestion verseront aux sociétés Cerba et Daklapack Europe B.V. à parts égales, d'une part, et à la Caisse nationale d'assurance maladie, d'autre part, des sommes de 4 000 euros chacune, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société GLBM et le GIE Labco Gestion au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Référence 6 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte

1. La commune de Saint-Tropez a lancé le 23 décembre 2010 une procédure de consultation en vue de conclure une concession d'aménagement portant sur trois secteurs de son centre-ville : le couvent, la dalle des Lices et l'ancien hôpital. Elle a engagé une négociation avec quatre, puis deux entreprises, avant de retenir l'offre de la société Kaufman & Broad Provence (KBP), filiale de Kaufman & Broad SA.

Le 22 août 2011, le maire a signé avec cette société un « traité de concession d'aménagement », d'une durée de 5 ans. En substance, ce contrat prévoit que KBP versera à la commune 15,7 millions d'euros pour l'achat de terrains, qu'elle lui livrera un parking public aménagé et qu'elle acquittera un loyer au titre du bail emphytéotique administratif (BEA) d'une durée de 60 ans qu'elle détiendra sur l'ensemble des logements qu'elle aura construits dans le cadre de l'opération et qui sont destinés à la location.

La Société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM), candidate classée quatrième, a introduit le 6 octobre 2011 un recours dit Tropic Travaux qui tend à l'annulation du contrat, rejeté par un jugement du 17 juillet 2013 du tribunal administratif de Toulon puis par un arrêt du 27 octobre 2014 de la cour administrative d'appel de Marseille. Toutefois, par une décision CE, 12 novembre 2015, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n°386578, vous avez annulé cet arrêt et renvoyé le jugement de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon. Vous aviez estimé, en effet, que les deux erreurs de droit et l'erreur de qualification juridique accumulées par la première cour incitaient à un « dépaysement » du dossier.

La SAGEM se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 juin 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté à nouveau son appel. Le raisonnement qui fonde la solution du second arrêt d'appel est toutefois très différent de celui du premier.

La cour de Lyon, à la différence de celle de Marseille, a tout d'abord jugé que la procédure de passation était entachée de trois vices non régularisables sur lesquels nous reviendrons. Il est vrai que les termes de votre propre décision ne lui laissaient guère de marge de manoeuvre sur ce point. La cour, se penchant ensuite sur la question qui faisait tout l'intérêt du renvoi, c'est-à-dire celle des conséquences à tirer de ces illégalités sur la vie du contrat, a estimé qu'il n'y avait lieu, ni de le résilier, ni de l'annuler. La

SAGEM, qui n'avait pas présenté de conclusions indemnitaires, se pourvoit donc une nouvelle fois en cassation.

2. Nous n'avons aucune hésitation à vous proposer d'annuler l'arrêt en accueillant un moyen d'insuffisance de motivation qui vise son point 15, c'est-à-dire précisément celui par lequel la cour se prononce sur les conséquences à tirer des illégalités constatées. La commune et de KBP, en défense, soutenaient une thèse de « l'effet domino » : en substance, l'annulation aussi bien que la résiliation de la concession conduiraient à priver de base juridique aussi bien le BEA passé entre la personne publique et son aménageur que – surtout – tous les actes de droit privé par celui-ci dans le cadre de l'opération et notamment les achats de terrains et les ventes de logements. Était même évoquée l'inéluctable expulsion des locataires du parc social... La cour a manifestement accordé du crédit à cette thèse, au vu de la motivation de son arrêt sur cette question :

« Considérant que la concession litigieuse initialement conclue pour cinq ans a été prorogée d'un an et devrait parvenir à son terme le 22 août 2017 ; que la plupart des logements et aménagements ont déjà été réalisés, voire commercialisés s'agissant des appartements ; qu'en l'espèce, compte tenu de la complexité de l'ensemble des montages juridiques et financiers qui pourraient pour certains, notamment les baux emphytéotiques administratifs et les datations de terrains, être remis en cause et quelle que soit la gravité des irrégularités commises, l'annulation du contrat, par ses conséquences inextricables, porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, aux intérêts financiers de la collectivité contractante ainsi que, le cas échéant, aux droits d'autres contractants ; qu'il n'y a lieu, dès lors, ni de résilier ni d'annuler la convention de concession d'aménagement en cause ».

Il est vrai que votre jurisprudence sur le recours des tiers en matière contractuelle, que ce soit dans le cadre posé par votre décision CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545, p. 360, ou dans celui qui est issu de la décision CE, Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70, réserve la résiliation et surtout l'annulation de la convention à des situations tout à fait exceptionnelles.

En l'espèce, toutefois, la cour s'est bornée à faire état de la « complexité de l'ensemble des montages juridiques et financier » et à ajouter, au mode conditionnel, que ceux-ci « pourraient » être remis en cause par l'annulation ou la résiliation du contrat, engendrant ainsi des « conséquences inextricables ». Ce conditionnel et cette absence de précision, aussi bien sur la nature que sur la gravité des conséquences en question sur les intérêts publics et privés en présence, nous semblent d'autant plus problématiques qu'ils font suite à l'expression « quelle que soit la gravité des irrégularités » – irrégularités qui, pour leur part, étaient tout à fait certaines et précises. Il semble bien difficile pour le juge de cassation, dans ces conditions, d'exercer son contrôle de la balance à laquelle les juges d'appel se sont livrés entre la nature des illégalités commises et l'atteinte à l'intérêt général ou aux droits de cocontractants qui pourrait résulter d'une résiliation ou d'une annulation.

Cette réserve est d'autant plus critiquable que vous aviez déjà, en 2015, pointé très précisément les trois vices sur lesquels s'est fondée la cour pour constater l'illégalité du contrat. Les seconds juges d'appel étaient donc très clairement invités à se pencher sur l'appréciation des conséquences de ces illégalités. Nous avions d'ailleurs souligné, concluant sur cette première cassation, que « la commune ne fournit aucune précision sur les situations inextricables pour les acheteurs ou les locataires qui pourraient résulter d'une annulation et qu'elle allègue ». La question a fait l'objet d'écritures cette fois-ci très développées des parties devant la cour de Lyon mais celle-ci – en tous cas du point de vue de la

motivation de sa décision – est manifestement passée à côté de ce sujet.

2. A l'issue de cette seconde cassation, vous réglerez l'affaire au fond et vous écarterez tout d'abord les fins de non-recevoir opposées par la commune et KBP à la demande de la SAGEM devant le tribunal administratif. Contrairement à ce qui est soutenu, la requérante avait bien intérêt à demander l'annulation de la concession en sa qualité de concurrent évincé, quand bien même son offre aurait pu être rejetée comme irrégulière ou inacceptable. Quant à la circonstance que sa démarche obéirait à des motifs prétendument illégitimes, elle est sans incidence sur la recevabilité de la demande présentée au juge du contrat.

3. S'agissant de la validité du contrat litigieux, rien dans l'argumentation des parties ne nous conduit à remettre en cause les constats de votre décision de 2015 et les appréciations de la cour administrative d'appel de Lyon.

3.1. En premier lieu, l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme dispose depuis la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement que l'attribution de tels contrats « est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (...) ». Le code des marchés publics alors en vigueur ne s'applique cependant pas, puisque le concédant est maître d'ouvrage des travaux. C'est donc le code de l'urbanisme qui détaille la procédure applicable. L'article R.* 300-8 précise à cet égard que : « Le concédant choisit le concessionnaire en prenant notamment en compte les capacités techniques et financières des candidats et leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée, après avoir engagé librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant remis une proposition. ». Ces dispositions, on le voit, sont peu contraignantes : elles supposent simplement que les capacités et l'aptitude des candidats soient prises en compte au moment du choix du pouvoir adjudicateur.

C'est dans ce cadre que l'article 11.2 du règlement de la consultation exigeait que chaque candidat communique son chiffre d'affaires global et son chiffre d'affaires relatif aux opérations comparables à la prestation en cause réalisées au cours des trois dernières années, produise les bilans et comptes de résultats des trois derniers exercices disponibles, enfin, justifie des garanties financières dont il disposait pour réaliser l'opération. L'article 5 du même règlement prévoyait enfin que la commune, dans le cas où certaines des pièces demandées seraient absentes ou incomplètes, se réservait le droit de demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour tous.

A l'appui de sa candidature, KBP se prévalait du soutien financier de sa société mère. Toutefois, elle s'est bornée pour l'essentiel à produire des informations économiques détaillées sur Kaufman & Broad SA, une lettre non datée du président de celle-ci relative à la capacité financière de sa propre société, ainsi que des courriers ou comptes-rendus datés des mois de juin et juillet 2011, faisant ressortir l'intérêt du même président pour l'opération tropézienne.

Enfin, devant le tribunal administratif, KBP a produit une lettre du Crédit agricole du 22 avril 2011, par laquelle cette banque indiquait qu'elle était disposée à étudier le financement de l'opération. Aucune de ces pièces, à supposer que la commune en ait disposé au moment de son choix, ne peut être regardée comme un engagement formalisé de la société-mère à l'égard de sa filiale. Ajoutons que le chiffre d'affaires relatif aux opérations comparables, exigé par le règlement de la consultation, n'était pas fourni du tout. La commune ne pouvait donc valablement examiner l'offre de KBP, qui n'avait justifié par aucun document

probat de ses capacités financières et notamment que sa société-mère aurait mis ses moyens à sa disposition. On a vu que la commune pouvait demander à KBP de compléter son dossier, mais elle ne l'a pas fait.

3.2. En deuxième lieu, il est constant que les dossiers de demande de permis de construire portant sur les logements et locaux commerciaux prévus dans le secteur du couvent – permis destinés à être transférés au futur aménageur – ont été établis par le cabinet d'architecture Vieillecroze pour le compte de la commune de Saint-Tropez, dans le cadre d'un contrat de maîtrise d'oeuvre.

Or, ce même cabinet a été le conseil de la société KBP, y compris pendant la phase de négociation des offres au cours de laquelle certains des permis étaient encore en instruction. KBP se prévaut d'ailleurs très clairement de cette collaboration dans son dossier de candidature. La commune était donc tout à fait informée de ce que son maître d'oeuvre pour les autorisations d'urbanisme était le conseil de l'un des candidats en lice. La requérante soutient que KBP a pu ainsi disposer d'une information privilégiée sur le projet qui lui a procuré un avantage sur les autres candidats, rompant l'égalité de traitement.

Nous pensons qu'elle a raison. En effet s'il est exact, comme le soutient la défense, que le cabinet Vieillecroze avait offert ses services à l'ensemble des autres candidats, il n'en demeure pas moins que seule KBP a effectivement bénéficié de cette collaboration. La circonstance que la détention d'une information privilégiée soit le fait du conseil de KBP et non de cette société elle-même nous semble sans incidence sur le raisonnement à tenir. En effet, KBP est responsable du choix de ses équipes et ne pouvait ignorer, en intégrant le cabinet Vieillecroze, le rôle particulier de celui-ci dans l'élaboration des permis.

En principe une telle participation n'est pas de nature, à elle seule, à vicier la procédure : le juge doit rechercher concrètement si elle a été de nature à procurer au candidat en cause des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats. C'est ce que vous avez jugé par votre décision CE, 29 juillet 1998, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Société Genicorp, T. p. 1017-1031-1098-1130, n°177952, qui concilie ainsi l'égalité de traitement des candidats avec la liberté d'accès à la commande publique.

En l'espèce, la défense fait valoir que les permis de construire établis et modifiés par le cabinet Vieillecroze avaient été annexés au « document programme » mis à la disposition de tous les candidats. Cependant, nous sommes en présence d'une opération particulièrement complexe, où le défrichage réalisé en amont par le concepteur même des dossiers de permis constituait à l'évidence un atout majeur. Il ressort en outre du dossier que tous les permis de construire n'étaient pas annexés au « document programme » et que l'instruction de certains d'entre eux s'est déroulée parallèlement à la négociation avec les candidats. KBP a donc bénéficié d'un avantage substantiel sur ses concurrents, au vu et au su de la commune.

3.3. En troisième lieu, il ne fait pas de doute non plus que les modifications de la convention intervenues au stade de sa signature ont modifié substantiellement l'économie du projet soumis à la concurrence, sans que les autres candidats en aient été informés.

En soi, le fait que le contrat signé soit différent du contrat projeté est cohérent avec la procédure de la concession d'aménagement, qui laisse une large place à la négociation après le dépôt des offres. Au sujet de la délégation de service public, qui est le cas le plus proche de la concession d'aménagement sur ce point, vous

avez jugé que la personne responsable de la passation du contrat peut apporter, au cours de la consultation, des adaptations « d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et [qui] ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire » : CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, p. 283, n°209319.

Ainsi que l'exposait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur une affaire CE, 18 juin 2000, Société SAUR et commune de Besançon, n° 335475 & 335485 : « La négociation, en matière de délégation de service public, a pour fonction de faire évoluer les offres ; elle doit simplement ne pas avoir pour effet de modifier l'objet du contrat dans une mesure telle qu'il devienne susceptible d'intéresser des entreprises qui ne sont pas manifestées au départ. ».

Il y a lieu de transposer ces solutions au cas de la concession d'aménagement. Or, en l'espèce, ainsi que nous l'avons détaillé en 2015, le contrat signé prévoit la construction d'un total de 274 logements, contre 240 annoncés dans le règlement de la consultation. Cette hausse de 14%, à elle seule, n'est pas incompatible avec la marge de négociation dont disposaient les parties. En revanche, au sein de cet ensemble de logements, la physionomie du parc locatif, soit 179 logements, a été radicalement modifiée.

Ainsi, au sein de la catégorie des 102 logements dits « sociaux », ce sont les logements « très sociaux » qui dominent désormais : 81 au total sont financés, soit par un PLAI (prêt locatif aidé d'intégration, pour les personnes les plus en difficulté), soit par un PLUS (prêt locatif à usage social, au loyer à peine plus élevé). Or, les PLAI et les PLUS n'étaient même pas envisagés par les documents de la consultation : les prévisions de loyers qui y figurent retenaient un plancher de 8 euros au mètre carré, alors que les plafonds des PLAI et PLUS oscillent autour de 5 euros. C'est donc une baisse de 40% du rendement locatif qui affecte presque la moitié du parc résultant de l'opération. En revanche, les modalités de financement sont plus avantageuses. Si tous les logements sociaux bénéficient d'une TVA à taux réduit et d'une exonération de taxe foncière pendant 25 à 30 ans, seuls les PLUS et PLAI ouvrent droit à une subvention de l'Etat et à un taux d'intérêt réduit : ce taux est deux fois plus faible que celui des PLS dans le cas du PLAI et moitié plus faible dans le cas des PLUS.

KBP s'est donc probablement livrée à un savant arbitrage entre ces différents paramètres, ce qui était son droit le plus strict dans le cadre de la négociation, tout comme était libre de conduire un projet urbain différent, beaucoup plus social, que celui sur lequel portait sa consultation. Mais dans ce cas, il lui appartenait d'assurer l'égalité des candidats en modifiant les documents de la consultation ou en relançant celle-ci sur de nouvelles bases.

A ce changement de modèle du projet urbain il faut ajouter que l'offre retenue prévoyait, par rapport au projet présenté dans le « document programme », une augmentation de 10% de la SHON de logements sur le site de l'ancien hôpital, l'apparition de près de 1 500 m² de SHON d'activités et enfin la création de 90 nouvelles places de parking – soit 17% de plus.

4. Aucune des quatre autres irrégularités alléguées par la requérante ne nous semble avérée et nous en venons au principal, c'est-à-dire à la question des conséquences à tirer des trois illégalités que nous venons de constater. Celles-ci ont conduit à méconnaître les obligations de la personne publique en matière de publicité et de mise en concurrence et à rompre l'égalité entre les candidats : aucune régularisation n'est envisageable.

Elles nous semblent révéler, de surcroît, une volonté de la commune de favoriser KBP, à la fois parce que cette entreprise n'avait pas justifié de ses capacités financières à exécuter le marché et parce que la personne publique ne pouvait ignorer la présence de son maître d'oeuvre à ses côtés. Ne sont donc envisageables, parmi la palette de mesures dont dispose le juge du contrat, que la résiliation ou l'annulation.

Les effets d'une résiliation seraient très limités, puisqu'il ressort des écritures des cocontractants que les travaux prévus sont achevés et que la concession, d'une durée de cinq ans prolongée d'une année, est arrivée à son terme le 22 août 2017. La question de l'annulation se pose donc. Les cocontractants invoquent quatre circonstances de nature à révéler qu'une telle mesure porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.

5. Les deux premiers arguments peuvent être facilement écartés.

5.1. Le premier est tiré de ce que la concession est arrivée à son terme et de ce que les travaux prévus sont achevés : une mesure d'annulation serait ainsi privée d'objet.

Cette circonstance, à la supposer avérée, ne révélerait par elle-même aucune atteinte à l'intérêt général. Au surplus, l'annulation du contrat aura pour effet de remettre à plat le règlement des relations financières entre les parties. Celui-ci interviendra donc le cadre des règles relatives à l'indemnisation du cocontractant de l'administration dont le marché a été annulé par le juge à la suite d'une faute imputable à l'acheteur public dans la conduite de la procédure, posées par vos décisions CE, 19 avril 1974, Société « Entreprise Louis Segrette » et autre, nos82518, 82553, T. p. 1052, CE, Sect., 10 avril 2008, Société Decaux et Département des Alpes-Maritimes, nos244950, 284439, 284607, p. 151 et récemment rappelées par la décision CE, 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n°395268, p. 311, chronique AJDA, 2017, p. 2189.

Autrement dit, KBP pourrait réclamer le remboursement des dépenses exposées par elle qui ont été utiles à la commune, ainsi que la réparation du dommage imputable à la faute de celle-ci. A ce dernier titre, elle pourrait réclamer le paiement du bénéfice auquel elle pouvait prétendre. Il faut rappeler toutefois, comme vous l'avez fait dans votre décision Cegelec Perpignan, que lorsque les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du marché, le lien entre cette faute et le manque à gagner dont le titulaire du contrat entend obtenir réparation ne peut être regardé comme direct.

5.2. Le deuxième argument est tiré du coût d'une annulation pour les finances communales.

KBP évoque dans ses écritures une indemnité de 100 millions d'euros. La commune est encore plus pessimiste puisqu'elle mentionne un chiffre de 120 millions. Ces sommes ne sont toutefois pas sérieusement documentées et de surcroît il nous semble, pour les raisons que nous venons d'énoncer, que KBP, dans le cadre de votre jurisprudence Société Decaux - Cegelec Perpignan, n'aura probablement pas droit à l'indemnisation des bénéfices escomptés.

6. La question la plus sérieuse soulevée par la demande de la SAGEM est en réalité celle au sujet de laquelle la cour insuffisamment motivé sa décision : il s'agit du fameux « effet domino », c'est-à-dire des répercussions de l'annulation sur le BEA et sur les actes de droit privé – il y en a plus de 160 – qui ont été passés dans le cadre de la concession, soit entre la commune et KBP, soit entre cette dernière et des tiers en vue de l'acquisition, de la vente ou de la location de biens immobiliers.

Il faut préciser que les contrats de vente passés entre des organismes privés titulaires d'une concession d'aménagement, en exécution de celle-ci et des tiers cessionnaires qui sont eux-mêmes des personnes privées, sont bien des contrats de droit privé : CE, 15 février 1976, SCI de construction "Résidence Galliéni" à Auxerre, n°93895, p. 542 (vente de terrains viabilisés par l'aménageur d'une ZUP à une SCI en charge de la construction d'un ensemble de logements) et TC 8 novembre 1982, Commissaire de la République de la région Midi-Pyrénées, n° 02269, p. 461. Ainsi, non seulement les actes d'achat ou de vente effectués par KBP sont juridiquement distincts de la concession, mais s'agissant des actes de droit privé, ils sont entièrement soumis aux règles du droit civil. Or, il ne nous semble résulter d'aucun texte, ni d'aucune règle jurisprudentielle applicable à ces actes, que la disparition rétroactive de la concession pourrait les priver de leur base légale et les remettre en cause de quelque façon.

6.1. Si on envisage tout d'abord le cas des logements et plus généralement celui des biens cédés par KBP à des tiers, est en cause l'article 1599 du code civil qui institue une action en nullité et, parallèlement, une action en revendication du propriétaire, dans les termes suivants : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. ».

Or, la nullité en question n'est qu'une nullité relative, destinée en application de l'article 1811 du code civil à protéger l'acheteur, qui a seul qualité pour l'invoquer, à l'exclusion du vendeur. (Civ. 3ème, 9 mars 2005, n°03-14.916, Bull. civ. III, n° 63). Il faudrait donc que les acquéreurs des logements construits par KBP engagent eux-mêmes l'action en nullité pour être affectés par la disparition de la concession.

A supposer qu'ils le veuillent, quel vice du consentement pourraient-ils invoquer ? L'erreur sur la personne du vendeur, à savoir KBP ? En tout état de cause, le second alinéa de l'ancien article 1110 du code civil, alors applicable, prévoyait qu'une telle erreur n'est une cause de nullité que pour les contrats signés « en considération de la personne » (nouvel article 1132 du code civil), ce qui n'est à l'évidence pas le cas. Et il n'y a pas davantage d'erreur sur « la substance même de la chose ». A supposer d'ailleurs que l'annulation de la concession puisse entrer dans cette catégorie, comme c'est le cas de l'annulation du permis de construire pour la vente d'un bâtiment, la jurisprudence judiciaire considère que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la formation du contrat.

Ainsi, la survenance d'un événement postérieur n'est pas de nature à remettre en cause la validité du consentement, même s'il est rétroactif et bouleverse l'économie contractuelle : cf. par exemple Civ. 3ème, 26 mai 2004, Bull. civ. III, n° 107, qui juge au sujet de l'annulation rétroactive du POS qu'une telle circonstance ne peut être invoquée pour démontrer l'existence d'une erreur sur la réglementation d'urbanisme applicable au terrain qui fait l'objet du contrat litigieux.

Quant à l'action en rescision pour lésion, que KBP pourrait théoriquement exercer dans un délai de 24 mois à compter du jour de chaque vente sur le fondement des articles 1674 et suivants du code civil, elle suppose que le prix obtenu ait été très inférieur à la valeur réelle du bien. Or, l'annulation de la concession nous semble sans incidence sur ce point.

6.2. KBP soutient ensuite que, sur le fondement des dispositions de l'article 555 du code civil qui concerne les constructions, plantations et ouvrages réalisés sur les terrains d'autrui, la commune pourrait exiger de conserver la propriété des logements

réalisés sur des terrains qui lui avaient été, soit cédés, soit concédés sous la forme de BEA.

Toutefois, nous ne voyons toujours pas en quoi l'annulation de la convention d'aménagement entraînerait de facto la caducité des différents contrats par lesquels KBP s'est assurée la maîtrise du foncier nécessaire aux opérations de construction, qu'il s'agisse de BEA ou des achats de terrains auprès de particuliers. Là encore, il y a bien eu accord sur la chose et sur le prix et aucun vice du consentement ne peut être décelé. Ajoutons que, s'agissant de BEA, nous sommes en présence d'un contrat administratif devenu définitif depuis fort longtemps.

7. Il résulte de tout ce qui précède que les parties à la concession n'établissent pas en quoi l'annulation de celle-ci aurait des conséquences sur la validité des contrats passés par KBP dans le cadre de cette opération, qu'il s'agisse notamment de l'achat ou de la vente de biens immobiliers. A fortiori, elle n'aura pas plus de conséquences sur le droit des locataires des logements construits de se maintenir dans les lieux. Il nous semble, en réalité, que cette annulation n'aura d'effet que sur les relations financières entre les parties à la concession.

Il leur appartiendra dès lors, si elles s'y croient fondées, de rechercher leurs responsabilités respectives tant sur le terrain de l'enrichissement sans cause que de la faute, dans les conditions que nous avons précédemment rappelées issues de votre jurisprudence Société Decaux - Cegelec Perpignan. Aussi, en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des parties susceptible d'y faire obstacle, nous vous proposons d'annuler le contrat.

8. En revanche, vous écarterez les conclusions présentées par la société requérante sur le fondement des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative. Le passage dont elle demande la suppression dans le mémoire de KBP enregistré le 30 mai 2016 devant la cour de Lyon n'excède pas les limites de la controverse entre parties dans le cadre d'une procédure contentieuse et ne présente pas un caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire.

EPCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt du 22 juin 2017 de la cour administrative d'appel de Lyon, du jugement du 17 juillet 2013 du tribunal administratif de Toulon et de la concession d'aménagement signée le 22 août 2011 par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman & Broad Provence ;
- à ce que la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman & Broad Provence versent chacune la somme de 3 000 euros à la SAGEM au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet du surplus des conclusions de la SAGEM ;
- au rejet des conclusions présentées par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman & Broad Provence au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice

Référence 7 : CE, 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n°413584

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM) a demandé au tribunal administratif de Toulon d'annuler la convention de concession de l'opération d'aménagement Couvent Lices Hôpital du 22 août 2011 attribuée à la société Kaufman et

Broad Provence par la commune de Saint-Tropez. Par un jugement n° 1102805 du 17 juillet 2013, le tribunal administratif de Toulon a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 13MA03008 du 27 octobre 2014, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par la SAGEM contre ce jugement.

Par une décision n° 386578 du 12 novembre 2015, le Conseil d'Etat statuant au contentieux, saisi par la SAGEM, a annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon.

Par un arrêt n° 15LY03697 du 22 juin 2017, la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté l'appel de la SAGEM.

Procédure devant le Conseil d'État

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux mémoires en réplique, enregistrés les 22 août et 20 novembre 2017 et les 15 janvier et 26 février 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM) demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Tropez et de la société Kaufman et Broad Provence la somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code civil ;
- le code de l'urbanisme ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 23 décembre 2010, la commune de Saint-Tropez a lancé une procédure de consultation en vue de la passation d'une concession d'aménagement portant sur la restructuration urbaine de trois secteurs situés en centre-ville : le couvent, la dalle des Lices et l'ancien hôpital. A l'issue de négociations avec quatre candidats, l'offre de la société Kaufman & Broad Provence a été retenue. Aux termes d'une délibération du conseil municipal du 2 août 2011, le maire de Saint-Tropez a été autorisé à signer la convention de concession, ce qu'il a fait le 22 août suivant. La société anonyme gardéenne d'économie mixte (SAGEM), candidate évincée, a saisi le tribunal administratif de Toulon le 6 octobre 2011 d'une demande d'annulation de cette convention, que ce tribunal a rejetée par un jugement du 17 juillet 2013. La cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel de la SAGEM contre ce jugement par un arrêt du 27 octobre 2014. Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a, par une décision du 12 novembre 2015, annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon. La SAGEM se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 juin 2017 par lequel cette cour a rejeté son appel.

Sur le pourvoi en cassation :

2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, pour estimer qu'en dépit de la gravité des irrégularités affectant la validité de la convention de concession d'aménagement litigieuse,

il n'y avait pas lieu de prononcer la résiliation ou l'annulation de ce contrat en raison de l'atteinte excessive à l'intérêt général que de telles mesures représenteraient, la cour administrative d'appel de Lyon, qui était pourtant saisie d'argumentations développées des parties sur ce point, s'est bornée à faire état, en des termes hypothétiques et imprécis, des conséquences inextricables d'une éventuelle annulation et de la complexité de l'ensemble des montages juridiques et financiers qui pourraient pour certains être remis en cause par une telle mesure. Elle n'a ce faisant pas mis le juge de cassation à même de procéder à un contrôle de qualification juridique sur son appréciation des conséquences à tirer sur le contrat des irrégularités constatées et a, ainsi, insuffisamment motivé sa décision. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la SAGEM est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

3. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : « *Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire* ». Le Conseil d'Etat étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de régler l'affaire au fond.

Sur la recevabilité de la demande :

4. Il résulte de l'instruction que la SAGEM a présenté une offre dans le cadre de la procédure de passation concernant la concession en litige. Ainsi, et quand bien même son offre aurait-elle pu être rejetée comme irrégulière ou inacceptable par la commune de Saint-Tropez, la société requérante, en sa qualité de concurrent évincé, avait bien intérêt à demander l'annulation de la convention litigieuse. Est sans incidence à cet égard la circonstance que la démarche contentieuse engagée par la SAGEM serait animée par des motifs prétendument illégitimes. Par suite, les fins de non-recevoir opposées par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman et Broad Provence doivent être écartées.

Sur la validité du contrat litigieux :

5. En premier lieu, les deux premiers alinéas de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme énoncent, dans leur rédaction applicable au litige, que : « *L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation. L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ». L'article R.* 300-8 du même code, alors applicable, précisait que : « *Le concédant choisit le concessionnaire en prenant notamment en compte les capacités techniques et financières des candidats et leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée, après avoir engagé librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant remis une proposition* ».

6. L'article 11.2 du règlement de la consultation pour la concession de l'opération d'aménagement Couvent Lices Hôpital indique, s'agissant de l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, que : « *Chaque candidat produira : / - son chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires relatif aux opérations comparables à la prestation en cause réalisées au cours des trois dernières années, / - les bilans et comptes de résultats des trois derniers exercices disponibles, / - la justification et la nature des garanties financières apportées pour la prise de risque pour réaliser l'opération, dans les conditions de nature à préserver les intérêts de la collectivité* ». En vertu de

l'article 5 du même règlement, le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production était demandée sont absentes ou incomplètes, se réserve le droit de demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous.

7. Il résulte des dispositions citées ci-dessus que le concédant doit tenir compte des capacités techniques et financières des candidats à l'opération d'aménagement. S'il a la faculté de demander à un candidat, dans le respect du principe d'égalité, de compléter son dossier afin qu'il puisse justifier de ses aptitudes, ainsi d'ailleurs que le prévoyait l'article 5 du règlement de consultation de la concession d'aménagement litigieuse, il ne peut légalement sélectionner l'offre d'un candidat qui n'a pas justifié de ses capacités.

8. Il résulte de l'instruction que si la convention litigieuse a été conclue entre la commune de Saint-Tropez et la société « Kaufman & Broad Provence », cette dernière s'était prévalu, au cours de la négociation avec les candidats, du soutien financier de sa maison-mère, « Kaufman & Broad SA ». Ainsi, son dossier de candidature d'avril 2011 comporte une présentation des capacités financières de « Kaufman & Broad SA », dont elle fournit les bilans et comptes annuels, et évoque les garanties financières de cette dernière ainsi qu'un exemple de montage financier dans une autre commune. De même, la commune a produit des pièces, notamment des courriers ou comptes-rendus datés de juin et juillet 2011, montrant tout l'intérêt que portait le président de « Kaufman & Broad SA » à l'opération d'aménagement. Enfin, a également été produite devant le tribunal administratif une lettre du Crédit agricole du 22 avril 2011 indiquant que la banque était disposée à étudier le financement de l'opération. Toutefois, dès lors qu'aucun des documents produits ne peut être regardé comme un engagement formalisé, la commune de Saint-Tropez ne pouvait en déduire, lors du choix des candidats, que, pour le projet en cause, les capacités et les garanties financières de la société « Kaufman & Broad SA » pouvaient être ajoutées à celles de « Kaufman & Broad Provence ». Dès lors, comme le soutient la société SAGEM, la commune ne pouvait examiner l'offre de « Kaufman & Broad Provence » qui n'avait justifié par aucun document probant que sa société-mère avait mis ses capacités et garanties à sa disposition.

9. En deuxième lieu, il est constant que l'opération d'aménagement avait pour objet la réalisation d'environ deux cent quarante logements et, en particulier, que le secteur du couvent avait fait l'objet de permis de construire en cours de validité permettant de réaliser soixante-dix logements et locaux commerciaux. A cet égard, le document programme du traité de concession indiquait que : « l'ensemble des permis de construire est transféré au bénéfice du concessionnaire. Ces permis ont fait l'objet d'un contrat de maîtrise d'œuvre en cours de validité. L'aménageur aura à sa charge de le poursuivre ou de le résilier dans des conditions à déterminer avec le concédant ».

10. Il résulte de l'instruction que les dossiers de demande de permis de construire, sur la base desquels les offres devaient être élaborées, ont été établis par le cabinet d'architecture Vieillecroze, maître d'œuvre de la commune de Saint-Tropez. Or, ce même cabinet d'architecture a été, aux termes d'une prestation rémunérée, le conseil de la société « Kaufman & Broad Provence », y compris pendant la phase de négociation des offres au cours de laquelle des permis de construire étaient encore en instruction. Si les pièces produites devant la cour de renvoi établissent que le cabinet Vieillecroze avait offert ses services à l'ensemble des autres candidats et participé à des réunions de négociations également pour Icade et Vinci Immobilier, la commune ne pouvait d'ailleurs ignorer que la participation de cet intervenant

était de nature, dans les circonstances de l'espèce, à procurer à la société Kaufman et Broad Provence des informations susceptibles de l'avantager. Par suite, la société SAGEM est fondée à soutenir que la procédure suivie a méconnu le principe d'égalité entre les candidats.

11. En troisième lieu, le règlement de consultation de la concession litigieuse indiquait que « le programme prévisionnel autorise la construction d'environ deux cent quarante logements répartis par moitié sur les deux sites, pour deux tiers en logements locatifs à prix maîtrisé et pour un tiers de logements en accession libre ». Le document programme du traité de concession d'aménagement précisait que « l'objectif premier est de créer une offre locative située à environ 20 % en dessous du prix du marché. Il apparaît un réel besoin en logements locatifs intermédiaires non réglementés, entre 10 et 13 euros/m² hors charges. Mais également une demande à la marge pour la mise sur le marché d'une offre comprise entre 8 et 10 euros/m² hors charges ».

12. Il ressort toutefois de l'instruction qu'aux termes de la délibération du conseil municipal de Saint-Tropez du 2 août 2011 autorisant le maire à signer la concession d'aménagement avec la société Kaufman et Broad Provence, l'offre retenue comportait, en méconnaissance du règlement de consultation, un nombre très significatif de logements sociaux de types « PLAI » et « PLUS », pour lesquels les constructeurs bénéficiaient d'importantes subventions publiques et de taux d'emprunt privilégiés, qui étaient de nature à modifier nettement l'équilibre économique du contrat. En outre, l'offre retenue prévoyait une densité supplémentaire de 2 000 m² environ sur le site de l'ancien hôpital par rapport au projet présenté dans le document programme, soit une hausse à ce titre de 10 % de la surface, ainsi que quatre-vingt-dix places supplémentaires de parking pour un nombre initialement prévu dans les documents de la consultation de 533. Dès lors, les modifications intervenues au stade de la signature de la convention ont modifié substantiellement l'économie du projet mis à la concurrence et ont ainsi porté atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence.

13. Il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

14. Il résulte de l'instruction que les vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire. Par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, ils impliquent que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse, dès lors que, contrairement à ce qui est

soutenu en défense, une telle mesure ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

15. D'une part, en effet, l'annulation d'une concession d'aménagement n'a pas, par elle-même, pour effet d'anéantir rétroactivement les actes passés pour son application. En particulier, il ne ressort pas de l'instruction que les baux emphytéotiques administratifs conclus entre la commune et l'aménageur en vue de la réalisation de biens locatifs intermédiaires et sociaux, qui ont fait l'objet d'actes séparés, pourraient encore être contestés. De même, les parties n'invoquent aucun élément permettant d'estimer sérieusement, notamment au regard des dispositions des articles 555 ou 1599 du code civil, que l'annulation prononcée aurait à elle seule pour effet de remettre en cause les actes de droit privé conclus, soit entre la commune et l'aménageur soit par l'aménageur avec des tiers, en vue de l'acquisition, de la vente ou de la location de biens immobiliers situés sur le périmètre de l'opération d'aménagement. Il n'est d'ailleurs pas même allégué que ces actes seraient entachés d'un quelconque vice du consentement qui pourrait conduire les personnes ayant acquis des biens réalisés dans le cadre de l'opération d'aménagement à les contester.

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

17. Il appartiendra aux parties de réexaminer l'exécution financière de la concession d'aménagement annulée sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause ainsi que, le cas échéant, sur le terrain de la faute. De même, il reviendra à la société Kaufman & Broad Provence de restituer les terrains ou équipements qui n'ont pas fait l'objet d'un transfert de propriété.

18. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la SAGEM est fondée à soutenir que c'est à tort que, par son jugement du 17 juillet 2013, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la concession d'aménagement conclue le 22 août 2011 par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman et Broad Provence

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative :

19. En vertu des dispositions de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 reproduites à l'article L. 741-2 du code de justice administrative, les juridictions peuvent, dans les causes dont elles sont saisies, prononcer, même d'office, la suppression des écrits injurieux, outrageants ou diffamatoires. Toutefois, contrairement à ce que soutient la société requérante, le passage dont elle demande la suppression dans le mémoire de la société Kaufman & Broad Provence enregistré le 30 mai 2016 devant la cour administrative d'appel de Lyon n'excède pas les limites de la controverse entre parties dans le cadre d'une procédure contentieuse et ne présente pas un caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire. Les conclusions tendant à sa suppression doivent par suite être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

20. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce et au titre de l'ensemble des instances engagées, de mettre à la charge de la commune de Saint-Tropez et de la société Kaufman et Broad Provence la somme de 3 000 euros à verser chacune à la SAGEM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces dispositions font en revanche obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la SAGEM qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'arrêt du 22 juin 2017 de la cour administrative d'appel de Lyon, le jugement du 17 juillet 2013 du tribunal administratif de Toulon et la concession d'aménagement signée le 22 août 2011 par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman et Broad Provence sont annulés.

Article 2 : La commune de Saint-Tropez et la société Kaufman et Broad Provence verseront chacune la somme de 3 000 euros à la SAGEM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par la commune de Saint-Tropez et la société Kaufman et Broad Provence au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative devant le tribunal administratif de Toulon, la cour administrative d'appel de Lyon et le Conseil d'État sont rejetées.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la SAGEM est rejeté.

Référence 8 : 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.