

Fiche n° 3
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS (2/2)
LES RECOURS AU FOND

BIBLIOGRAPHIE

DELELIS (S.), « L'indemnisation du préjudice contractuel », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, pp. 223-248.
GOURDOU (J.), « Béziers II » : du 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.
PAILLET (M.), « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, p. 553.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux
Référence 2 : CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux, req. n°291545
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n°304806
Référence 4 : CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n°304806
Référence 5 : CE, Sect., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n°358994

DÉCISIONS DU CORPUS

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

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *Le juge et l'inexécution du contrat administratif*

Épreuve pratique : Cas pratique

- *Commune de Perreux-les-bains*

La commune de Perreux-les-Bains compte une population d'environ 3500 habitants. M. et Mme Trouillard exploitaient une boulangerie dans un immeuble leur appartenant. Ayant renoncé à exploiter ce commerce, ils ont mis en vente l'immeuble.

Par une délibération en date du 25 janvier 2016, le conseil municipal a décidé de l'acquisition de l'immeuble. Par une délibération du même jour, le conseil municipal a décidé de financer en totalité cette acquisition par un emprunt. Le contrat de vente a été conclu le lendemain. Puis, le 1^{er} février, la commune a conclu un bail commercial pour une boulangerie.

M. Dangereux a introduit un recours devant le tribunal administratif. Il demande l'annulation de l'ensemble des délibérations et des contrats.

Le maire vous consulte pour mettre en place une stratégie de défense de l'opération.

Question n° 1 : Comment défendre la commune sans aborder le fond du litige ?

Question n° 2 : Quels vices procéduraux sont susceptibles d'affecter les délibérations et comment les purger ?

Question n° 3 : A supposer que les délibérations soient annulées, comment argumenter, en l'état de la jurisprudence administrative, pour défendre le contrat de vente ?

Référence 1 : Conclusions rapporteur public sur CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux, n°291545

La Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché à bons de commande d'une durée de trois ans et portant sur le marquage des aires d'avions et chaussées routières de l'aéroport de Point-à-Pitre le Raizet. L'offre de la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe a fait l'objet d'une décision de rejet le 14 novembre 2005. Le marché a finalement été attribué à la société Rugoway.

La société Tropic travaux signalisation a saisi le tribunal administratif de Basse-Terre d'une demande d'annulation de la décision de rejet de son offre, de la décision de retenir celle de la société Rugoway, de la décision de passer le marché, ainsi que du marché lui-même. Elle a également introduit une demande de suspension des mêmes actes. Cette demande a été rejetée par une ordonnance du 2 mars 2006.

La société Tropic travaux signalisation se pourvoit en cassation contre cette ordonnance. Elle présente deux moyens.

Le premier, tiré de l'irrégularité de l'ordonnance en raison de l'absence de signature du juge des référés, manque en fait.

Par un second moyen, la société soutient que le juge des référés a commis une erreur de droit en regardant les décisions comme exécutées alors d'une part, qu'elle avait demandé la suspension de l'exécution du marché et d'autre part, que les actes détachables produisaient leurs effets jusqu'à l'achèvement du marché.

La seconde branche du moyen, portant sur les différents actes détachables du marché, n'est pas fondée. Votre jurisprudence rendue en matière de référé suspension est en effet très claire : la signature du contrat rend sans objet les conclusions dirigées contre ces actes détachables, qui sont réputés entièrement exécutés du fait de la conclusion du contrat. Vous l'avez jugé tant pour la décision de signer le contrat (**27 novembre 2002, Région Centre, T. p. 854**, ou **9 février 2004 Société d'économie mixte de la Lozère et syndicat intersyndical pour l'aménagement du mont Lozère, T. p. 773**) que pour celle d'attribuer le marché (**30 juin 2004, Société Martoia, n°263257**). Le juge des référés, devant une telle situation, ne peut que se borner à en tirer les conséquences. Il a l'obligation de constater le non-lieu à statuer sur les conclusions de suspension alors même, avez-vous jugé dans la décision **Société Martoia** précitée, que la nullité du contrat conclu sur le fondement de l'acte détachable contesté ressortirait du dossier qui lui est soumis.

La première branche du moyen, qui porte sur l'ordonnance en tant qu'elle a rejeté les conclusions de suspension du marché lui-même, nous paraît en revanche fondée.

L'ordonnance rejette les conclusions de la société dirigées contre le marché au motif qu'il est entièrement exécuté. Comme le fait valoir la société devant vous, ce fait est inexact : signé le 26 novembre 2005 pour une durée de trois ans, le marché était encore en cours d'exécution.

Toutefois en l'état actuel de votre jurisprudence, vous pourriez facilement porter remède à cette malfaçon relativement bénigne de l'ordonnance. L'article L. 521-1 du code de justice administrative conditionne le prononcé d'une suspension d'un acte administratif à la recevabilité de la requête en annulation ou en réformation de cet acte (**15 mai 2001, Commune de Loches, T. p. 1099**). Or il est certain que la société Tropic travaux signalisation n'était pas recevable, comme tiers au contrat, à demander l'annulation de ce contrat. Elle ne pouvait donc espérer obtenir du juge des référés qu'il en prononce la suspension (**14 novembre 2003, Société He-li-inter Guyane, n°258255**). Ce raisonnement est d'un très grand classicisme et vous pourriez vous borner à l'appliquer, ce qui conduirait à rejeter le pourvoi au prix d'une substitution de motif en cassation. Vous vous doutez bien, cependant, que nous ne serions pas en train de nous exprimer devant votre Assemblée si

notre dessein était d'en rester à cette solution qui repose sur un bon siècle de jurisprudence et dont l'audace serait ainsi toute relative.

Cette affaire a été directement portée au rôle de votre formation de jugement, parce qu'il nous a paru qu'elle pouvait utilement vous permettre de réexaminer la question de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats.

Avant d'entrer dans le vif de ce vaste sujet, nous voudrions apporter quelques éléments d'informations sur les conditions particulières dans lesquelles cette affaire a été étudiée avant que vous ayez vous-même à en connaître aujourd'hui.

Instruite dans un premier temps par votre 7ème sous-section, elle a ensuite été soumise, le 5 juin dernier, à votre Section du contentieux, réunie en formation d'instruction, dans les conditions prévues par les articles R. 122-17 et R. 122-18 du code de justice administrative. Cette décision a été prise par le président de la Section du contentieux en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article R. 611-20 du même code. Une telle manière de procéder, qui conduit la Section du contentieux toute entière à vous soumettre aujourd'hui un projet de décision, est évidemment exceptionnelle. Elle n'est cependant pas sans précédent. A notre connaissance, vous avez procédé de même pour votre décision **Barel (Ass. 28 mai 1954, p. 308, RDP 1954.509, concl. Letourneur, Note M. Waline, GAJA 15ème édition, n°72)**, pour votre décision **Croissant (Ass. 7 juillet 1978, p. 292, concl. Morisot, AJDA 1978.559, chron. Dutheillet de Lamothe, Robineau)**, pour votre décision **Election des représentants à l'Assemblée des communautés européennes (Ass. 22 octobre 1979, p. 385, RDP 1980.541, concl. Morisot)**, pour vos décisions relatives au contentieux des élections européennes de 1984 (**Ass. 23 novembre 1984, Association « Les Verts », Parti écologiste et autres, p. 382 ; Ass. 23 novembre 1984, Roujansky et autres, p. 383, Ass. 23 novembre 1984, Tête, p. 386, concl. Labetoulle**). A cela s'ajoutent certaines affaires relatives au contentieux de l'épuration (cf., notamment, **Ass. 12 décembre 1969, Le Luc, p. 580, concl. Kahn**).

Notre propos, vous l'avez compris, est de vous engager à reconsidérer la question de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats. Ceci exigera de prendre quelque distance avec les données particulières de l'espèce pour vous rappeler d'abord quel est l'état du droit sur cette question et comment il s'explique, pour vous dire ensuite comment se pose la question de son éventuelle modification. Si nous parvenons à vous convaincre de la nécessité d'une évolution jurisprudentielle, il nous restera enfin à vous présenter les différentes solutions envisageables et à appliquer à l'espèce celle qui nous semblera la plus adaptée.

I.

Même s'il a connu avec le temps des aménagements importants, le principe est clairement établi par la jurisprudence que les tiers à un contrat ne peuvent demander à un juge l'annulation de ce contrat.

L'irrecevabilité d'un tel recours s'est imposée progressivement dans la deuxième moitié du XIXème siècle, au moment où le recours pour excès de pouvoir lui-même se construisait. Avant cela, il ne semble pas que vous vous soyez radicalement opposé aux demandes d'annulation de contrats émanant de tiers.

Dans la thèse qu'il a consacrée en 1942 au *Recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue* (Thèse, Paris, 1942), M. Landon pouvait ainsi affirmer, concernant cette époque que « le contrat peut aussi bien que l'acte administratif unilatéral être objet ou cause du recours ». Représentatif de cet état du droit est l'arrêt régulièrement cité du **30 avril 1863 (Ville de Boulogne, p. 405, concl. Robert)** dans lequel vous avez annulé à la demande d'un tiers la clause d'une concession de plage dont l'effet était d'interdire aux tiers l'accès au rivage. Encore cette espèce n'était-elle – comme on a pu le souligner avec raison – qu'une forme de

préfiguration de votre jurisprudence ultérieure admettant le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires des contrats, mais il n'en reste pas moins qu'elle illustre sans doute possible l'état de votre jurisprudence qui admettait alors le recours du tiers en annulation du contrat.

Progressivement, cependant, au fur et à mesure que la classification des contentieux s'affirmait, le contrat a été chassé de votre prétoire de sorte qu'il est devenu impossible à un tiers de vous en demander l'annulation. Pour dire la vérité, on peine à dater précisément le moment de ce changement. Certains auteurs, comme M. Landon, dans la thèse précitée ou comme M. Gonidec dans un article paru à la Revue de droit public en 1950 (« Contrat et recours pour excès de pouvoir », RDP 1950.58), évoquent la date de 1864. D'autres, comme Mme Lefoulon dans un article de référence publié à l'AJDA en septembre 1976 (« Contribution à l'étude de la distinction des contentieux, le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative », AJDA 1976.396), évoquent plutôt 1884. D'autres encore (cf. D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, p.293, n°407) évoquent s'arrêter à 1872.

La question de la date importe peu. Ce sont les motifs de cette évolution qui doivent retenir toute votre attention. Une large part de l'explication se trouve dans la volonté de classer les recours contentieux, pour les répartir entre excès de pouvoir et plein contentieux. Dans l'optique de Laferrière, les contrats étaient des actes de gestion et relevaient, non pas du contentieux de l'excès de pouvoir alors naissant, mais du contentieux de pleine juridiction dans lequel le juge – juge du contrat - dispose de vastes pouvoirs, « comportant l'exercice d'un arbitrage complet de fait et de droit sur le litige » (E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 1ère éd. T. 2, p. 521).

De cette appartenance du contentieux contractuel au contentieux de pleine juridiction, la jurisprudence a d'abord tiré la conséquence que le contrat, comme les actes qui en sont le support, étaient incorporés dans un « tout indivisible » dont ne saurait connaître le juge de l'excès de pouvoir. De là, on a déduit que le recours pour excès de pouvoir directement exercé contre le contrat devait être irrecevable (**19 mai 1899 Levieux, p. 401**) et que si un recours pour excès de pouvoir était introduit contre un acte préparatoire à un contrat, le recours devenait ipso facto irrecevable au moment de la signature du contrat : l'acte préparatoire s'incorporait alors au contrat et l'ensemble ne pouvait plus être porté que devant le juge du contrat (**3 août 1894, Ville de Lyon, p. 542**), mais par les parties seulement.

A la fin du XIXème siècle, à un moment où le recours pour excès de pouvoir est en plein essor, tous les éléments sont donc réunis pour que le contrat ne puisse plus être contesté par les tiers : le contentieux de l'excès de pouvoir est exclu par principe et le plein contentieux contractuel est l'apanage des seules parties.

On a parfois dit que cet état du droit devait surtout à des considérations de pure opportunité jurisprudentielle. C'est notamment la thèse soutenue par M. Gonidec dans son article précité pour qui, l'exclusion du contrat du champ du recours pour excès de pouvoir était un moyen, pour le Conseil d'Etat « de désencombrer son rôle » (p. 66).

Cette explication très pragmatique d'une jurisprudence séculaire n'est peut-être pas à ignorer totalement, mais elle ne doit pas conduire à sous-estimer les autres considérations qui, depuis ces temps anciens et parfois jusqu'à nos jours, ont justifié la solution d'irrecevabilité.

Ces justifications ont en effet tout leur poids.

Elles tiennent d'abord au fait que le juge de l'excès de pouvoir a estimé très tôt ne pas pouvoir ignorer les droits acquis par les parties du fait d'un contrat ni, d'ailleurs, la compétence de l'autorité judiciaire sur un grand nombre de ces contrats. On trouve ce type de justification très expressément mentionnée dans certaines déci-

sions de cette époque qui excluent le recours pour excès de pouvoir contre le contrat au motif des droits acquis (**29 juin 1869, Commune d'Aix-en-Othe, p. 644**).

Une justification supplémentaire s'est trouvée dans l'approfondissement conceptuel du recours pour excès de pouvoir. Le contentieux d'excès de pouvoir s'affirmant peu à peu comme le contentieux de la légalité objective, le contrat, conçu comme étant à l'origine de droits purement subjectifs, en a été assez logiquement exclu. Cette idée, a mis un certain temps à s'imposer, mais elle nous paraît s'être déployée concomitamment au recours pour excès de pouvoir lui-même et avec la même vigueur. On la trouve à l'origine de nombreuses solutions jurisprudentielles réfutant tout contentieux de la légalité en matière contractuelle.

C'est vrai tant pour la question qui nous occupe du recours contre le contrat, que pour celle, inverse, du recours en annulation d'un acte fondé sur la violation d'un contrat (**Ass. 8 janvier 1988, Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/Communauté urbaine de Strasbourg, p. 2**).

Vous le constatez, l'irrecevabilité du recours des tiers contre le contrat est la conséquence directe des conditions dans lesquelles les contentieux ont été classés à la fin du XIXème siècle. Mais nous pensons que les considérations très contingentes propres à cette opération d'administration de la justice, imaginée et conduite par vos prédécesseurs, se sont trouvées relayées, avec le temps, par des considérations plus théoriques, plus solides aussi, ayant trait à la notion même de contrat et à ses rapports avec la légalité.

Quoi qu'il en soit, ce principe d'irrecevabilité, s'il est toujours fortement présent dans votre jurisprudence, a connu jusqu'à aujourd'hui des tempéraments importants. Nous croyons possible d'en distinguer quatre que nous n'évoquons pas dans l'ordre chronologique.

Il faut en premier lieu citer les décisions par lesquelles vous avez admis que le juge administratif puisse annuler un contrat d'une collectivité locale sur déféré du préfet (**2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff, T. p. 659**). Vous avez précisé ultérieurement que ce recours devait être regardé comme un recours pour excès de pouvoir (**Section, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie (Réunion), p. 302, concl. H. Legal, RFDA 1991.966**)⁷. Il résulte de cette jurisprudence que contrairement aux principes les mieux établis, un tiers au contrat, le préfet, peut obtenir du juge de l'excès de pouvoir l'annulation de ce contrat. Encore convient-il de ne pas exagérer la portée de cette dérogation au principe de l'irrecevabilité de l'action des tiers : le préfet n'est tout de même pas un tiers comme les autres.

Vous avez également admis - c'est le deuxième tempérament - qu'un tiers à un contrat de recrutement d'agent public était recevable à en demander l'annulation au juge de l'excès de pouvoir. C'est ce qui résulte de votre décision de **Section (30 octobre 1998, Ville de Lisieux, p. 375, concl. J.-H. Stahl au recueil et RFDA 1999.128, concl. J.H. Stahl, note Pouyaud)**. Toutefois, ainsi que cela ressort des conclusions du commissaire sur cette affaire, la solution ne vaut que pour ces contrats un peu particuliers qui, en raison de leur objet ne sont pas loin d'être de « faux contrats » plaçant les agents recrutés dans une situation très proche. Sur cette question, M. Waline écrivait dans une note parue en 1926 : « Le contrat n'est pas une règle de droit dont la violation puisse constituer, par elle-même, l'excès de pouvoir, qui ne peut jamais être que la violation d'une règle de droit objectif (d'une loi ou d'un règlement) » (note sous CE 5 janvier 1924, « Cie industrielle du gaz et de l'électricité contre Compagnie de Remiremont, D. 1926.III.45).

La solution a été étendue ensuite aux contrats qui ne sont pas soumis à l'obligation de transmission (**4 novembre 1994, Département de la Sarthe, T. p. 801, AJDA 1994.898 concl. Ch. Maugüé**). Aussi faut-il en déduire que vous n'avez pas entendu, par cette affaire **Ville de Lisieux**, abandonner votre jurisprudence

traditionnelle. L'exception qui est ainsi aménagée, clairement circonscrite, ne fait que confirmer le principe.

Une troisième dérogation a été permise par votre décision *Cayzele* (*Assemblée, 10 juillet 1996, p. 274*, RFDA, 1997.89, note Delvolvé) dans laquelle vous avez admis le recours pour excès de pouvoir d'un tiers contre les clauses réglementaires d'un contrat, à la condition qu'elles soient divisibles de celui-ci. Sans vouloir minorer aucunement la portée de cette affaire, il nous semble, une fois encore, qu'en aménageant cette exception supplémentaire à l'irrecevabilité du recours des tiers dirigé contre le contrat, vous n'avez fait que confirmer la règle générale. Si les tiers peuvent demander l'annulation de certaines stipulations du contrat c'est pour le motif que l'effet de ces clauses s'étend bien au-delà des seules parties au contrat de sorte que, *mutatis mutandis*, ces clauses perdent leur caractère proprement contractuel. Le dernier aménagement au principe de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats est aussi le premier dans l'ordre chronologique. Il nous paraît le plus important.

Vous l'avez conçu au début du XXème siècle en permettant au juge de l'excès de pouvoir d'annuler, sinon le contrat lui-même, au moins les actes administratifs unilatéraux qui, pris pour le préparer, s'en détachent. Vous avez d'abord admis que les parties au contrat puissent saisir le juge de l'excès de pouvoir d'un recours contre l'acte détachable (*11 décembre 1903, Commune de Gorre, p. 770 ; 22 avril 1904, Commune de Villers-sur-mer, p. 324*). Après une certaine hésitation (*26 novembre 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, p.620*), cette solution a été confirmée (*Section, 4 février 1955, Ville de Saverne, p.73 ; Section, 5 décembre 1958, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère, p. 620*, AJ 1959.II.57, concl. Kahn).

Puis vous avez également admis une telle possibilité pour les tiers au contrat par votre célèbre décision de principe (*4 août 1905, Martin, p.749, concl. Romieu*, RDP 1906.249, note Jèze, S. 1906.3.49, note Hauriou).

L'idée qui a présidé à cette très importante avancée jurisprudentielle est bien connue. La théorie du tout indivisible avait cet inconvénient important qu'elle laissait les tiers au contrat dans une situation fort déplaisante, aucun juge ne pouvant connaître de leur argumentation. On ne parlait pas encore, à cette époque, de droit au recours effectif mais l'idée est bien celle-là, exprimée sans détour dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu qui, critiquant la théorie de l'incorporation, affirme sans détour qu'elle a « une portée singulièrement restrictive des droits du citoyen ... et peut même, dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice. »

On mesure bien l'intérêt de la théorie de l'acte détachable dans le contexte du début du XXème siècle, marqué par la séparation croissante entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction. En acceptant de connaître de l'acte administratif unilatéral indépendamment du contrat auquel il se rapporte, le juge de l'excès de pouvoir trouve le moyen d'agir librement sur l'un sans aucunement porter atteinte à l'autre. L'acte détachable, pris dans son « individualité » comme disait Hauriou, peut être annulé, disparaître donc de l'ordonnement juridique, sans que le contrat subséquent en subisse la moindre conséquence. Le mot de Romieu est connu, presque galvaudé : l'annulation de l'acte détachable peut être purement « platonique ».

Dans la pureté conceptuelle de ses débuts, la théorie de l'acte détachable est donc d'une grande richesse. Elle a permis au Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, d'affirmer son contrôle sur l'action contractuelle de l'administration sans violer les règles les plus essentielles qu'il s'était fixées. Elle a aussi permis au juge de l'excès de pouvoir, en contournant le contrat, de mieux le connaître. C'est toute la subtilité de cette construction intellectuelle très remarquable que d'avoir permis au juge administratif d'aller très loin sans paraître bouger d'un pouce.

II.

Une jurisprudence si ancienne, qui a atteint un tel degré de sophistication, est une horlogerie délicate et concevoir le projet de la faire évoluer ou d'en modifier les équilibres peut apparaître une entreprise bien imprudente. Nous pensons, pourtant, que le moment est venu d'y penser et même d'y consentir. Nous voudrions tenter de vous en convaincre maintenant en vous faisant part des trois séries de considération qui sont susceptibles de plaider en ce sens.

Un premier groupe d'arguments se retrouvent dans les critiques que la doctrine, majoritairement et depuis fort longtemps, formule à l'encontre de votre jurisprudence. Ces critiques visent tant la complexité que l'incohérence des mécanismes contentieux.

Complexe, le système contentieux qui résulte de votre jurisprudence l'est assurément. Nous reviendrons plus en détail sur les conditions dans lesquelles, en application de la loi du 8 février 1995, le tiers peut, après avoir obtenu l'annulation de l'acte détachable, exiger que des conséquences en soient tirées sur le contrat, mais il suffit de noter à ce stade que cela peut n'aboutir qu'au terme d'une procédure fort longue, susceptible de faire appel à trois juges différents.

A cela s'ajoute, toujours sur le terrain de la complexité, qu'il n'est pas simple de comprendre et d'expliquer dans quelles conditions l'annulation de l'acte détachable entraîne des conséquences sur la validité du contrat et dans quelles conditions elle n'en entraîne pas, ou alors bien modestes. Les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, observent d'ailleurs, pour synthétiser la chose, que « les solutions sont nuancées » (15^{ème} édition, p. 97). Votre décision du 1er octobre 1993 (*Société « Le yacht-club international de Bormesles-Mimosas », p. 875*, AJDA 1993.810, concl. Pochard, RFDA 1994.248, note Pacteau) offre un tableau des conséquences possibles sur le contrat de l'annulation de l'acte détachable. Vous y rappelez ce principe déjà connu (cf. *Réponse de la Section du rapport des études du Conseil d'Etat à une demande d'éclaircissement, EDCE 1989, n°41, p. 127 et s.*, CJEG avril 1991, p. 115, note Pacteau) que l'annulation de l'acte détachable n'entraîne pas systématiquement la nullité du contrat. Mais vous ajoutez que lorsque le juge du contrat se trouve saisi d'un contrat conclu sur le fondement d'un acte unilatéral annulé, il doit en tirer des conséquences. C'est là, cependant, que les difficultés commencent car les conséquences ne sont pas toujours les mêmes et ne sont pas connues à l'avance. Selon le motif retenu pour annuler l'acte détachable et selon la nature et le degré du lien existant entre cet acte et le contrat, il y aura lieu pour le juge du contrat de constater ou non la nullité de celui-ci.

On peut être quelque peu désarçonné, avouons-le, par tant de nuances possibles et d'enchevêtrements successifs. Un tiers qui aura obtenu l'annulation d'un acte détachable pourra éventuellement obtenir que des conséquences en soit tirées par le juge du contrat. Mais à supposer, qu'il parvienne à faire en sorte que ce juge soit effectivement saisi, car lui-même ne le peut pas, un nombre important de solutions peuvent être retenues. Il ne faut pas s'étonner, dans ces conditions, que bien souvent, les conséquences ultimes de ce que notre collègue Jacques-Henri Stahl, dans ses conclusions sur la décision *Ville de Lisieux* précitée, qualifiait « d'étrange course d'obstacles » ne soient tirées dans la plupart des cas à une date à laquelle le contrat n'est plus qu'un vieux souvenir.

Au titre de l'incohérence, de nombreux auteurs estiment que la théorie des actes détachables est artificielle. Il est exact, nous l'avons dit, que la part d'artifice est très grande dans cette théorie et on ne peut nier qu'elle s'est encore accrue au fur et à mesure de son développement. Deux illustrations bien connues de ce phénomène doivent être rappelées. Vous avez admis dès les années 30 (*9 décembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, p. 1034 ; Section, 7 avril 1936 Département de la Creuse, p. 171 ; Section, 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, p. 22*) qu'il était possible d'obtenir

l'annulation d'une acte détachable non formalisé, révélé par la seule conclusion du contrat. Une telle façon de voir, qui consiste à distinguer une décision administrative unilatérale aux frontières ultimes du contrat, se conçoit assez bien sur le plan intellectuel, mais, comme l'observent les auteurs du *Traité des contrats*, elle est « à tout le moins subtile ». Lorsqu'on s'attache aux moyens invocables à l'encontre de l'acte détachable, on est davantage encore saisi par l'artifice. Dans bien des cas en effet, le juge de l'excès de pouvoir statue plus sur la légalité du contrat que sur celle de l'acte qui est présumé s'en détacher. Vous avez en effet admis assez tôt qu'un acte détachable puisse être contesté au motif, non d'un vice propre, mais de l'illégalité du contenu du contrat auquel il se rapportait (cf. *12 juillet 1918, Lefebvre, p. 698* ; *Ass. 2 décembre 1983, Confédération des syndicats médicaux français et conseil départemental du Morbihan de l'ordre des médecins, p. 469* ; *8 mars 1985, Association « Les amis de la Terre », p. 73*, RFDA 1985.363, concl. P.-A. Jeanneney). De sorte qu'on a toute raison de penser, avec les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, que « le recours pour excès de pouvoir peut conduire à sanctionner le contenu du contrat, à défaut d'être dirigé contre le contrat lui-même. » (15^{ème} édition, n°16, p. 97). Ces critiques traditionnelles, tirées de la complexité et du défaut de cohérence présumée ont leur poids, mais à notre avis elles ne justifieraient pas à elles seules une évolution de la jurisprudence. Après tout, les personnes publiques et les cocontractants vivent depuis un siècle avec cette complexité et vous savez bien qu'il est de nombreux pans du droit qui reposent entièrement sur des artifices intellectuels. Nous comprenons que cela puisse perturber les « faiseurs de systèmes ». Mais la jurisprudence pourrait sans doute s'en accommoder pour un nouveau siècle.

Une deuxième série de considérations nous paraît impliquer plus sûrement une modification de la jurisprudence. Elles ont trait aux évolutions en cours du droit communautaire. Les dispositions des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, qui organisent le référé précontractuel, ont permis la transposition des directives communautaires dites « Recours » (n°89-665 du 21 décembre 1989 et n°92-13 du 25 février 1992). Le référé précontractuel constitue un outil particulièrement efficace pour interrompre les procédures de passation qui seraient marquées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. En l'état actuel de la jurisprudence, Le juge du référé précontractuel – outre qu'il n'a compétence que pour un certain nombre de contrats – voit ses pouvoirs s'éteindre au moment de la signature du contrat. Il se trouve, cependant, que les autorités communautaires ont entamé une réforme des directives recours dont le contenu, d'ores et déjà connu et qui vient d'être adopté par en première lecture par le Parlement européen, est susceptible de remettre en cause cette inviolabilité contractuelle. Sans entrer dans le détail de ce texte dont la présidence allemande a indiqué qu'elle souhaitait le voir aboutir à la fin de l'année 2007, on peut en retenir qu'il exige des Etats membres qu'ils aménagent une voie de droit nouvelle, permettant de « priver d'effet » le contrat alors même qu'il a d'ores et déjà été conclu. Deux hypothèses précises sont visées. Le projet de directive généralise le délai dit de « standstill » qui oblige à attendre 10 jours entre la décision d'attribution du contrat et la signature de celui-ci et ajoute que tout contrat ayant été signé en violation de cette règle, c'est-à-dire sans attendre l'expiration du délai, pourra faire l'objet d'une contestation. Par ailleurs, dans les cas de violations les plus graves du droit communautaire des marchés – la passation sans aucune mise en concurrence ni procédure de publicité d'un marché de seuil communautaire – le projet de directive prévoit la même possibilité d'action directe contre le contrat alors même qu'il aurait déjà été signé. Ces innovations sont de nature, vous le constatez, à modifier nos habitudes de penser : elles vont nécessairement ouvrir, au bénéfice de personnes qui ne sont pas les parties au contrat, la possibilité d'atteindre directement celui-ci. Il est vrai que ce texte

n'est pas encore publié. Il n'y a donc pas, au moment où nous nous exprimons, de nécessité juridique de le transposer. Il n'est cependant pas interdit, sinon de se sentir contraint à l'avance, au moins d'avoir une claire conscience du contexte dans lequel vous vous interrogez sur l'orientation générale de votre jurisprudence.

Or, à cet égard, nous croyons pouvoir faire état de ce que les discussions encore en cours sur le projet de texte ne portent plus sur le principe des deux innovations mentionnées plus haut, mais uniquement sur leurs modalités. De sorte qu'il y a à ce jour un haut degré de probabilité que ces règles nouvelles soient effectivement adoptées. Par ailleurs, toujours au titre du droit communautaire, nous observons qu'en tout état de cause, la cour de justice des communautés européennes rendra dans quelques jours (le 18 juillet) un arrêt *Commission c/ Allemagne* (n°C-503/04) qui pourrait d'ores et déjà aller dans le sens suggéré par le projet de directive. Dans cette affaire, l'avocate générale (Mme Trstenjak) a été d'avis qu'en ne prenant pas les mesures de nature à mettre un terme à l'exécution d'un contrat qui avait été conclu en violation des règles de publicité et de mise en concurrence, les autorités allemandes avaient manqué à leur obligation de respect du droit communautaire. Cette solution particulièrement audacieuse, tant au regard des principes généraux du droit des contrats que des dispositions mêmes du droit communautaire, découlent, dans le raisonnement de l'avocate générale, de la nécessité d'assurer « l'effet utile » du droit communautaire des marchés (paragraphe 76) ainsi que l'effet « dissuasif » (§ 77) de la jurisprudence. Cela conduit l'avocate générale à en déduire que « *L'annulation [du contrat] était donc la seule solution pour éviter que la situation contraire au droit communautaire ne se perpétue.* » (§ 77). De tout cela, nous retirons la conviction qu'en tout état de cause, l'état actuel de notre droit national ne permettra pas d'assurer ce qui sera très probablement et à court terme une obligation issue du droit communautaire. En l'état, vous êtes en effet démunis de tout moyen permettant d'envisager une action sur le contrat à la demande d'un tiers à un contrat.

Les tiers qui vous saisiraient dans le cadre des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative se heurteraient inexorablement à la signature du contrat. Ils ne seraient pas recevables à saisir le juge du contrat. Ils ne pourraient davantage saisir le juge de l'excès de pouvoir de conclusions contre le contrat. Quant à leur action contre l'acte détachable, elle ne serait susceptible d'avoir des conséquences sur le contrat qu'au terme d'une procédure dont les délais seraient tels que les exigences du droit communautaire ne pourraient être regardées comme satisfaites.

La troisième série de considérations qui, à notre avis, doit vous conduire à reconsidérer votre jurisprudence est la plus fondamentale à nos yeux. Elle tient à ce que nous croyons être une forme d'épuisement de la théorie des actes détachables. Nous voyons deux symptômes à ce mal profond.

En premier lieu, le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable ne nous paraît pas répondre aux exigences minimales d'efficacité et de sécurité juridique que l'on peut attendre aujourd'hui de votre jurisprudence.

Une première illustration tient à l'impuissance du juge des référés suspension en matière contractuelle. Comme nous l'avons signalé, si un juge des référés est saisi à fin de suspension d'un acte détachable, il sera contraint de constater le non-lieu dès que le contrat est signé, c'est-à-dire qu'il n'a, en pratique, quasiment jamais le temps de statuer. Plus encore, il lui est rigoureusement impossible de suspendre la décision de signer car cette décision, qui n'a pas d'épaisseur matérielle, est entièrement exécutée au moment même où elle est révélée. Cette jurisprudence est parfaitement logique et ne nous paraît pas en elle-même critiquable. Mais on voit bien ce que peut avoir de très regrettable une telle impuissance du juge du référé suspension qui n'a pas la possibilité de purger en amont, quand il est encore temps, les vices dont serait atteinte une opération contractuelle. On dira, il est vrai, que le référé précontractuel peut jouer ce rôle préventif. Mais c'est oublier que ce juge n'est

compétent que pour le contentieux de certains contrats et qu'en outre il ne peut connaître que de certaines questions tandis que d'autres, souvent très importantes, ne ressortissent pas à sa compétence.

De tout cela, nous déduisons que depuis la création, par la loi du 30 juin 2000, du référé suspension, une insuffisance est apparue au cœur même de la théorie des actes détachables. Il existe désormais ce qu'il faut bien appeler un « angle mort », une situation dans laquelle le juge administratif ne peut malheureusement pas user d'une des armes les plus efficaces et les plus intelligentes dont le législateur l'ait doté. Ce ne serait pas très grave si la sécurité juridique n'en pâtissait pas excessivement.

Or nous pensons que de ce point de vue aussi, le maniement par le juge de la théorie des actes détachables peut en certaines circonstances ne pas donner satisfaction. Nous avons mentionné plus haut cette branche de la jurisprudence qui admet le recours pour excès de pouvoir contre la décision de signer le contrat (**Section, 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, p. 1034**). Dans la mesure où cette décision est virtuelle, il est rare qu'elle soit publiée. Or en l'absence de publication, les délais de recours ne courent pas, ce qui rend la décision de signer vulnérable sans limite de temps.

Or à notre avis, on ne peut plus se satisfaire d'une telle insécurité juridique, menaçant les contrats pendant un temps infini, comme une épée de Damoclès pesant sur les parties. Il est vrai que cette épée était de bois – et d'un bois fort tendre... - au temps de Romieu, quand l'annulation de l'acte détachable pouvait demeurer sans effet sur le contrat. Mais, pour les raisons que nous allons évoquer dans un instant, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Les parties peuvent désormais se voir contraintes, du fait de l'annulation de l'acte détachable, de saisir le juge du contrat. L'épée, alors, n'est plus de bois et l'atteinte portée aux situations contractuelles que les parties croyaient solidement acquises est d'autant plus déstabilisante qu'elle peut intervenir longtemps après la signature du contrat et n'a pu être prévenue par l'intervention efficace du juge du référé suspension.

Disant cela, nous abordons déjà le deuxième symptôme d'épuisement de la théorie des actes détachables qui s'explique par les dernières évolutions de votre jurisprudence. La place croissante du principe de légalité et les progrès de votre contrôle sur l'action administrative vous ont conduit, par une décision de Section intervenue le 7 octobre 1994 (**M. et Mme Lopez, p. 430, concl. R. Schwartz**, RFDA 1994.1090 concl. Schwartz, note Pouyaud ; AJDA 1994.914, Chr. Touvet et Stahl), à franchir une étape supplémentaire qui, à notre avis, a profondément modifié l'équilibre de la théorie de l'acte détachable. Pour la première fois en effet, saisi d'une demande en vue de l'exécution d'un jugement devenu définitif ayant annulé un acte détachable, vous avez prononcé une astreinte à l'encontre de l'administration contractante si elle ne justifiait pas, dans un délai prescrit, avoir saisi le juge du contrat – qui était en l'espèce le juge judiciaire - en vue de lui faire constater la nullité de celui-ci.

Nous ne contestons pas le bien-fondé de cette jurisprudence, rendue aux conclusions conformes du Président Schwartz. Elle est la conséquence nécessaire des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 et anticipe sur celle du 8 février 1995. Du point de vue de l'autorité de vos décisions, de la place du principe de légalité et du respect de la chose jugée, l'inspiration générale de cette jurisprudence ne peut être que saluée et ne suscite pas de réserve. Reste que, du point de vue de la place respective de l'acte détachable, du contrat et de chacun de leur juge, il faut admettre que la décision **M. et Mme Lopez** vous a fait franchir le Rubicon des contrats. Vous avez pour la première fois jeté une passerelle entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat en permettant à un tiers ayant gagné devant le premier de contraindre les parties à saisir le second. La chose est aujourd'hui devenue banale. Jamais, jusque-là, un tel passage obligé n'avait été consacré car la décision Société « Le Yacht club international de Bormes-les-Mimo-

sas » précitée ne créait d'obligation qu'à la charge du juge du contrat, pas des parties.

La décision « M. et Mme Lopez », si elle se borne à tirer les conséquences en matière contractuelle des pouvoirs d'injonction du juge administratif, a une portée qui la dépasse quelque peu. Par rapport à votre jurisprudence, elle est comme la dernière pierre qui, apportée à l'édifice, en rompt l'équilibre. Il n'est plus possible, après cet arrêt, d'affirmer que la décision prise à la demande d'un tiers sur la légalité de l'acte détachable pourra rester sans effet sur le contrat. Le caractère platonique de l'annulation de l'acte détachable a volé en éclat.

Du point de vue de la sécurité juridique, nous pensons que cette situation n'est pas tenable. Etant donné les délais dans lesquels les annulations d'actes détachables peuvent intervenir, délais auxquels s'ajoutent ceux inhérents à la procédure d'exécution puis à celle devant le juge du contrat, les constatations de nullité peuvent intervenir fort tard. A cela s'ajoute que, malheureusement, les contre-feux que vous avez allumés pour tenter de réduire les inconvénients de cette situation n'ont pas encore fait preuve de leur pleine efficacité. Vous avez très opportunément jugé (**10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, p. 501**, BJDCP 2004, n°33, p. 136, concl. Piveteau) que le juge de l'exécution, saisi par un tiers d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint aux parties de saisir le juge du contrat afin d'en constater la nullité, devait vérifier si la nullité ne porterait pas, si elle était constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général. Mais force est de constater que les juridictions font assez peu usage de cette réserve d'intérêt général et décident de façon malheureusement trop systématique que l'annulation de l'acte détachable entraîne la nullité du contrat. Ce qui est en cause, vous le voyez, c'est l'insécurité juridique des contrats. Or l'insécurité juridique coûte et elle coûte cher. Elle est mauvaise pour la vie des affaires et elle pèse sur les finances publiques car les cocontractants de l'administration la lui font payer. Au terme de cette présentation de l'état du droit jurisprudentiel et des motifs qui ont présidé à sa constitution et à son évolution, nous croyons pouvoir résumer les choses de la façon suivante.

Le principe selon lequel les tiers ne peuvent atteindre le contrat procède, en droit administratif, de la séparation des contentieux, règle qui doit elle-même son existence à des considérations d'abord très pragmatiques, renforcées au cours du temps par de solides éléments de théorie. Les aménagements progressivement apportés à ce principe d'invulnérabilité du contrat par les tiers ont permis à ces derniers d'atteindre le contrat soit à travers des stipulations qui étaient en réalité des dispositions, soit de façon très indirecte et en tout état de cause sans risque de dommage véritable pour les droits que les parties tiennent du contrat. Dans cette première phase de son évolution, la jurisprudence s'est construite sur l'artifice que l'acte se détachant d'un contrat n'était pas le contrat lui-même. C'était un artifice nécessaire qui permettait, fut-ce au prix de solutions ou de raisonnements compliqués, de satisfaire l'équilibre entre les exigences de la légalité et la stabilité des relations contractuelles. Mais depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence est entrée dans une seconde phase et la séparation entre juge du contrat et juge de l'acte détachable y « a perdu de sa limpidité originelle. » Par le truchement d'un troisième juge, chargé de l'exécution, les tiers sont désormais en mesure de porter le fer au cœur du contrat et d'exiger jusqu'à son anéantissement. Ainsi, d'artifice, la séparation entre le contrat et l'acte détachable est assez largement devenue une fiction. Une fiction aux effets parfois très fâcheux pour la sécurité juridique des parties susceptibles de se voir priver après un long délai des droits qu'elles tenaient du contrat.

III.

Nous pensons que le moment est venu de tirer très naturellement et sans excès les leçons de ce glissement progressif de la jurisprudence. Notre propos est de vous en convaincre maintenant en fai-

sant part des trois solutions qui nous ont paru envisageables. Nous procéderons en écartant rapidement les deux premières, en vous disant pourquoi nous proposons de retenir la dernière et comment nous suggérons de l'appliquer en l'espèce.

Une première solution pourrait être envisagée qui consisterait à élargir les pouvoirs du juge des référés précontractuels pour en faire une sorte de juge des référés contractuels, capable d'agir après la signature du contrat. Cette solution aurait le mérite d'une simplicité au moins apparente. Ce n'est toutefois pas celle que nous vous proposons d'adopter car elle nous paraît poser plusieurs difficultés. D'abord une difficulté de mise en œuvre. L'état actuel de la jurisprudence, qui limite les pouvoirs de ce juge à la phase précontractuelle résulte directement des dispositions législatives du code de justice administrative. Or nous pensons que ces dispositions font directement obstacle à l'ouverture d'une action post-contractuelle par la voie jurisprudentielle de sorte que l'élargissement des pouvoirs du juge du L. 551-1 ne pourrait être opéré dans de bonnes conditions que par le législateur.

Par ailleurs, nous croyons cette solution inadaptée parce qu'elle ne lèverait que très partiellement les inconvénients du système actuel. On doit rappeler que le juge du L. 551-1 a été conçu pour permettre de prévenir et de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il est donc parfaitement logique qu'il ne soit compétent que pour les contrats bénéficiant d'une procédure de passation organisée par le droit national ou le droit communautaire : les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat et plusieurs formes dérivées de partenariats public-privé. Il est tout aussi logique que certains moyens ne soient pas invocables devant lui parce qu'ils n'ont pas trait à la publicité ni à la mise en concurrence.

Le champ d'action du référé précontractuel est donc strictement délimité par le texte : là où il n'y a pas de mise en concurrence, il n'y a pas de référé précontractuel. Aussi, si vous vous engagez dans la voie consistant à ouvrir au juge du L. 551-1 une possibilité d'action post-contractuelle, vous limiteriez nécessairement cette possibilité nouvelle à certains contrats et en excluriez tous les autres qui, pourtant, peuvent tenir une place importante dans la vie administrative : concessions domaniales, contrats de plan ou contrats d'objectifs avec des entreprises ou des établissements publics, ... De la même manière, vous limiteriez nécessairement le champ des moyens pouvant être invoqués dans le cadre de cette action nouvelle.

L'effort consenti sur le plan jurisprudentiel serait élevé pour un résultat finalement très mesuré. Bien sûr, vous pourriez décider d'élargir aussi la compétence matérielle de ce juge des référés contractuels en décidant qu'il peut connaître de tout moyen contre tout contrat. Outre le fait qu'une telle évolution se heurterait, à nouveau, à la rédaction actuelle de l'article L. 551-1 et qu'elle nous paraît difficile à accomplir par la voie jurisprudentielle, nous pensons qu'elle dénaturerait profondément le juge du référé précontractuel dont nous pensons qu'il doit rester ce juge efficace de la mise en concurrence, statuant en urgence et de façon préventive. A ces considérations, il nous paraît utile d'ajouter enfin que si vous faisiez le choix d'élargir les pouvoirs du juge des référés précontractuels en lui permettant de statuer alors que le contrat a déjà été signé, cela ne pourrait se faire qu'au prix d'une modification profonde de la jurisprudence que vous avez patiemment bâtie depuis quinze ans en matière de référé précontractuel. Etant donné la souplesse qu'on attendrait nécessairement du juge à propos de contrats déjà signés, vous ne pourriez à notre avis maintenir la jurisprudence très rigoureuse, parfois taxée de formalisme, qui est la vôtre concernant les obligations de publicité et de mise en concurrence.

La deuxième solution qu'il est possible d'imaginer consiste à ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre le contrat. Cette thèse n'est pas nouvelle. Le doyen Péquignot, auteur en 1945 d'une *Théorie générale du contrat administratif* (Ed. Pédone), proposait

déjà « d'ouvrir toutes grandes au contrat administratif les portes des recours pour excès de pouvoir ». Un grand publiciste comme Prosper Weil préconisait dans sa thèse publiée en 1952 une solution assez proche consistant à « réduire à néant » tout contrat dont un acte détachable aurait été annulé (« Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir »). Plus récemment, d'autres voix se sont aussi exprimées en ce sens, en adaptant il est vrai la solution préconisée aux nécessités du contentieux contractuel. Il apparaît en effet que les effets automatiques et rétroactifs qui s'attachent en principe à l'annulation pour excès de pouvoir paraissent peu compatibles avec la nécessaire prise en compte de la situation dans laquelle se trouvent les parties liées par un contrat. Ce type de considération conduit par exemple les professeurs Philippe Terneyre et Jean Gourdou, auteurs d'une étude remarquée, publiée en 1999 aux *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (« Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », CJEG juin 1999, p. 249) à écrire qu'« admettre un recours pour excès de pouvoir direct à l'encontre de tout acte contractuel conduirait, en vertu des principes qui gouvernent cette voie de droit, à l'automatisme redouté ». Ces auteurs, spécialistes du contentieux administratif des contrats appelaient donc à la modification de l'office du juge de la légalité, lui permettant de connaître, dans des conditions plus adéquates, de recours en annulation directe des contrats. Dans le même ordre d'idée, dans ses conclusions - elles aussi très remarquées - sur la décision *Ville de Lisieux* précitée, Jacques-Henri Stahl se montrait favorable à l'ouverture, notamment aux tiers, du recours pour excès de pouvoir contre les contrats. Pour tenir compte des spécificités de la matière contractuelle, il suggérait de retenir une conception stricte de l'intérêt pour agir et de faire varier dans le temps les effets de l'annulation. Cette dernière facilité n'était pas encore permise par votre jurisprudence puisque la décision *Ville de Lisieux*, intervenue en 1998, est antérieure de plusieurs années à votre décision *Association A.C. ! et autres (Assemblée, 11 mai 2004, p. 197, concl. C. Devys*, RFDA 2004.438 Etude Stahl et Courrèges ; AJDA 2004.1183, chron. Landais et Lenica). A contrario, on pourrait estimer aujourd'hui que les choses ont « mûri » en presque dix ans et qu'il est temps de franchir le pas du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle puisque vous disposez, avec la jurisprudence *Association A.C. !*, du moyen d'éviter les conséquences les plus dommageables d'une annulation d'un contrat. Ce n'est pourtant pas la solution que nous vous proposons. Plusieurs raisons nous retiennent de le faire.

En premier lieu, nous ne sommes pas certains que vous pourriez longtemps soutenir une conception stricte de l'intérêt pour agir, spécifique à la matière contractuelle, car la conception très bienveillante qui est la vôtre en matière d'excès de pouvoir vous conduit, bien légitimement d'ailleurs, à admettre la recevabilité d'un recours alors que l'intérêt dont se prévaut le requérant est parfois assez indirect (*Section, 14 février 1958, Abisset, p. 98, concl. Long*, AJDA 1958.2.221, chron. Fournier-Braibant).

En deuxième lieu, nous pensons qu'en égard aux effets destructeurs d'une annulation pour excès de pouvoir, vous ne pourriez l'admettre s'agissant des contrats qu'à la condition d'appliquer à chaque fois ou presque la jurisprudence *Association A.C. et autres !*. Or nous ne pensons pas que vous soyez prêt à vous lancer dans une application systématique de cette jurisprudence quels que soient par ailleurs ses atouts. Telle qu'elle a été conçue, cette jurisprudence est d'application exceptionnelle et nous ne croyons pas que, sauf à dénaturer totalement le recours pour excès de pouvoir, votre intention soit de la généraliser.

Enfin, nous pensons que le juge de l'excès de pouvoir n'est pas le juge le plus adapté pour connaître des contentieux qui se développent en matière contractuelle. Nous n'ignorons pas que d'excellents esprits estiment que l'unification des contentieux de pleine juridiction de l'excès de pouvoir est pour bientôt (Denoux de Saint Marc R., Labetoulle D., Rougevin-Baville M., Leçons de

droit administratif ; Lenica F., Landais C., Chron. précitée sur la décision A.C. ! et autres). Sans prendre directement parti dans ce débat, nous constatons, pour notre part, que la séparation des contentieux recouvre encore une certaine réalité dans votre jurisprudence, tout particulièrement en matière contractuelle, où la distinction entre légalité objective et droits subjectifs nous paraît avoir une certaine portée. Un contrat administratif, pour être de droit public, n'en demeure pas moins un contrat. Comme tel, nous le croyons caractérisé par les principes généraux qui inspirent le code civil ou qui y sont mentionnés. La doctrine civiliste classique rappelle à ce titre, commentant l'article 1134 du code civil, que si le contrat a « le même effet créateur de droits et d'obligations [que le la loi]...il ne l'a que dans un cercle limité, tandis que la loi s'adresse à tous les citoyens. » (J. Carbonnier, *Traité de Droit civil*, p. 148). L'idée selon laquelle, par conséquent, le contentieux contractuel ne ressortit pas naturellement au contentieux de la légalité conserve à nos yeux une certaine pertinence. Reste une troisième et dernière possibilité, qui a notre préférence. Nous vous proposons d'admettre que certains tiers puissent, dans des conditions strictement définies, demander au juge du contrat de prononcer un certain nombre de mesures pouvant aller jusqu'à l'annulation de celui-ci. Formulant cette proposition, nous mesurons bien ce qu'elle a d'innovant par rapport à l'état actuel de la jurisprudence. C'est pourquoi elle exige que nous l'entourions immédiatement des cinq précisions suivantes qui ont trait, successivement, au principe même de cette nouvelle voie de recours, à l'identification des tiers qui pourraient y avoir accès, aux modalités concrètes de son organisation, aux pouvoirs que détiendrait le juge du contrat et aux conséquences que l'instauration de cette voie de droit devrait nécessairement avoir sur les recours existants. Sur le principe même de ce recours, et si l'on excepte les cas particuliers du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires et contre les contrats de recrutement ainsi que le déferé préfectoral, il est bien certain que si vous nous suiviez, vous admettriez pour la première fois une action directe des tiers devant le juge du contrat. Le principe est en effet clairement établi que le juge du contrat ne peut être saisi que par les parties (**Section, 8 novembre 1974, Epoux Figueras, p. 545**). Cette innovation serait sensible au regard des conséquences qui s'attachent normalement au principe de l'effet relatif des contrats rappelé à l'article 1165 du code civil. Elle ne nous paraît cependant pas hors de portée si l'on veut bien considérer que la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même apporte un certain nombre de nuances et de tempéraments au principe de l'effet relatif des contrats. Sur un plan général d'abord, il faut noter que la doctrine civiliste est traversée depuis plusieurs années par une controverse sur les limites respectives des notions de partie et de tiers au contrat, de sorte que la frontière classiquement établie entre ces deux notions centrales du droit des obligations - frontière qui déterminait celle entre l'effet obligatoire du contrat et l'opposabilité du contrat - paraît connaître quelque porosité. On ne peut rendre compte ici de la globalité et de la subtilité de cette solide discussion doctrinale qui oppose, notamment, les professeurs Jean-Luc Aubert (« A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993.263) et Jacques Ghestin (« Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, *RTD civ.* 1994.777). Retenons en simplement qu'il est aujourd'hui à peu près admis en doctrine qu'on ne peut plus s'en tenir à une définition étroite de la notion de partie à un contrat civil et qu'il existe au moins une catégorie intermédiaire entre les tiers et les parties qui comprendrait les créanciers chirographaires, les ayants cause à titre particulier et les contractants extrêmes des groupes de contrats (cf. Flour J., Aubert J.-L. *Obligations*, vol. 1er, 5ème éd. N°435 et s.). Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du **6 octobre 2006 (Bull. n°9, p. 23)**, même s'il ne remet pas directement en cause le principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1165 du code civil, nous paraît aller très nettement dans ce sens. En posant pour principe que « le tiers à un

contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage », l'assemblée plénière considère que des contrats peuvent naître des obligations qui s'étendent bien au-delà des seules parties. Le rapport annuel 2006 de la Cour de cassation, commentant cet arrêt, a cette formule assez éclairante : « ...cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé ». » Quant à M. Denis Mazeaud, commentant cet arrêt, il observe : « ...admettre que l'inexécution d'une telle obligation, strictement contractuelle, constitue un manquement dont un tiers peut se prévaloir pour agir en responsabilité délictuelle contre le débiteur contractuel, conduit en fait à proclamer l'identité des fautes contractuelle et délictuelle et à neutraliser la distinction des notions de « partie » et de « tiers » au contrat. » (*Revue des contrats*, 1er avril 2007, n°2, p. 269, Note sous Cass. Ass. Plen. 6 oct. 2006). Au-delà de ce récent arrêt qui concerne la seule question de la responsabilité du fait de l'exécution défectueuse d'un contrat, la jurisprudence civile reconnaît en tout état de cause et depuis fort longtemps à certains tiers la possibilité d'invoquer la nullité d'un contrat. C'est le cas, d'abord, des ayants cause à titre particulier des parties au contrat, dans la mesure où leur situation est affectée par le contrat conclu. Ainsi, on considère que l'acquéreur d'un immeuble loué, alors même qu'il est tenu par l'effet de l'article 1743 du code civil de respecter le bail conclu par le vendeur, peut se prévaloir de la nullité du bail. Dans le même sens, le nu-proprétaire devenu plein propriétaire par l'extinction de l'usufruit peut demander la nullité des baux irréguliers consentis par l'usufruitier, bien qu'il soit étranger à ces baux (**Cass. ch. Réunion, 21 mai 1952, Bull. civ. ch. réunion, n°1 ; D. 1952, p. 537, concl. Besson, Note Savatier**). Les créanciers chirographaires d'un contractant sont également recevables à agir en nullité du contrat à la condition, une fois encore, que celui-ci leur porte préjudice. Enfin, la jurisprudence de la chambre commerciale reconnaît même à certains *penitus extranei* - les tiers pourtant les plus éloignés du contrat - la faculté d'invoquer la nullité du contrat (**Cass.com. 1er mars 1983, Bull. civ. IV n°93** à propos de la nullité d'un contrat de vente conclu en violation de la réglementation du crédit, sollicitée par l'établissement financier qui avait fait l'avance des deniers). Il est vrai que les conditions de recevabilité de l'action en nullité sont définies de façon stricte par le juge civil (**Cass. req., 3 nov. 1932, DP 1932.1.181, rapp. Dumas ; CA Paris, 5 juillet 1954, D. 1954.706**) mais on ne peut les réduire à rien. De ces éléments de droit civil, nous retirons par comparaison qu'il ne serait pas inconcevable que des tiers à un contrat administratif puissent intervenir devant le juge du contrat. Outre que c'est par exemple l'opinion, toujours avisée, du Professeur Laurent Richer (*Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5ème édition, 2006, cf. p. 190), il y aurait là une certaine logique. Le contrat administratif, en tant qu'il est un instrument de l'action administrative, est porteur de l'intérêt général, intérêt nécessairement plus vaste que les intérêts purement privés gouvernant les contrats civils. Nous trouverions du coup assez paradoxal que vous vous refusiez à admettre pour le contrat administratif ce que le juge judiciaire admet, même sous condition, pour le contrat civil. A cela, nous ajouterons que l'évolution que nous vous suggérons pourrait aussi se prévaloir d'un certain nombre de précédents étrangers. Des informations que nous avons pu recueillir sur les systèmes juridiques de quelques grands pays, il résulte globalement deux idées. D'abord, la plupart des droits nationaux ont la préoccupation de préserver la stabilité des situations contractuelles. Il est du coup bien rare de trouver des systèmes, comme celui de la Colombie par exemple, dans lesquels des contrats en cours d'exécution peuvent être purement et simplement annulés dans le cadre d'une procédure d'action populaire ouverte à tous sans restriction particulière (cf. sur cet aspect du droit colombien contemporain, Juan Carlos Henao, « La défense des droits de groupe et des droits collectifs dans la responsabilité civile de l'Etat en droit colombien », in M.-J. Bernard et M. Carraud, Jus-

tice et démocratie en Amérique latine, Presses universitaires de Grenoble, 2005).

Certains pays, cependant, tout en posant comme principe la nécessaire stabilité du contrat, n'excluent pas radicalement l'action des tiers. C'est le cas par exemple aux Etats-Unis où par dérogation au principe de l'effet relatif des contrats, il est possible à un tiers – le plus souvent un concurrent évincé – de soutenir que le contrat en cours d'exécution est affecté d'un bouleversement majeur (« cardinal change ») par rapport à ce qui était prévu.

Dans les pays de l'Union européenne, les situations sont contrastées. Il est difficile d'avoir une vue extrêmement précise de chaque régime juridique national. Des pays comme l'Allemagne ou les Pays-Bas paraissent, à ce qu'il semble, fermés en l'état actuel de leur droit à toute possibilité d'action directe contre les contrats, même si la doctrine souligne que le droit communautaire va conduire nécessairement à des évolutions. D'autres pays, cependant, ont soit anticipé sur la future directive communautaire, soit adopté des systèmes généraux ménageant une possibilité d'action pour les tiers. En Belgique, deux lois des 15 et 16 juin 2006 ont remanié le droit des marchés publics en permettant à un juge, à la demande d'un soumissionnaire lésé ou risquant de l'être, d'annuler un marché qui aurait été signé avant l'expiration du délai dit de « standstill » dont nous avons parlé. L'action peut être introduite dans les trente jours de la connaissance que le demandeur a de la conclusion du marché. Enfin, nous relevons que l'article 40 du code du contentieux administratif portugais dispose que « les demandes relatives à la validité, totale ou partielle de contrats peuvent être introduites :par celui qui ayant été candidat à l'attribution du contrat soutient que les termes du contrat signé ne correspondent pas aux termes de l'appel d'offres », mais aussi, ce qui nous paraît particulièrement intéressant « par les personnes physiques et morales titulaires ou défenseurs de droits subjectifs ou d'intérêts légalement protégés auxquels l'exécution du contrat en cause peut préjudicier. » Ces exemples montrent qu'il existe des systèmes dans lesquels la protection bien légitime des situations contractuelles n'exclut pas absolument toute action des tiers. C'est tout à fait l'état d'esprit qui est le nôtre.

La deuxième précision concerne l'identification des tiers qui pourraient accéder cette voie de droit nouvelle. Nous sommes favorables, à cet égard, à une conception restrictive de la recevabilité qui vous conduira à juger, si vous nous suivez, que ne sont recevables que les tiers pouvant justifier de droits lésés par la conclusion du contrat. La notion de « droit lésé » utilisée ici comme une des critères de recevabilité de la nouvelle voie de droit ne vous est pas inconnue. Elle constitue même l'élément central du régime juridique de la tierce-opposition Il est bien vrai qu'à la suite de votre célèbre décision *Boussuge* (29 novembre 1912, p. 1128, S. 1914.3.33, concl. Blum, note Hauriou, GAJA 15^{ème} édition, n°27), vous avez retenu une interprétation assez large de ce qu'il y avait lieu d'entendre par la lésion de droits. Mais le Président Odent rappelle dans son cours (p. 1010) la portée de la distinction entre droit et intérêt. La notion de droit lésé est en quelque sorte l'apanage exclusif du contentieux de pleine juridiction tandis qu'il ne trouverait pas sa place dans le contentieux de l'annulation. Il faut donc avoir du droit lésé une conception nettement plus stricte que celle retenue de l'intérêt à agir. En matière fiscale par exemple, vous jugez qu'un organisme professionnel ne peut se prévaloir d'aucun droit lésés, s'agissant d'un litige fiscal individuel opposant un de ses membres à l'administration fiscale (*Ass. 2 juillet 1965, Ministre des finances, contre Protection mutuelle des agents des chemins de fer, p.399*). C'est pourquoi, par dérogation au principe selon lequel seules les parties peuvent saisir le juge du contrat, nous vous proposons d'admettre que certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lésent des droits subjectifs qu'ils détiennent. Nous insistons sur le fait que les droits dont il s'agit ici et dont le juge du contrat pourrait connaître sont nécessairement des droits de nature

patrimoniale, restriction assez logique s'agissant d'un plein contentieux contractuel. Il s'en déduit que, si vous nous suivez, ne seraient potentiellement recevables à agir devant le juge du contrat que les seuls tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat. Dans notre esprit, cela viserait les entreprises évincées de la procédure d'attribution d'un contrat, les usagers du service public en tout cas lorsqu'est en cause une délégation de service public ou un marché public de service public, ainsi que, peut-être, le contribuable local qui pourrait éventuellement se prévaloir de ce que les conditions financières d'un contrat ont des répercussions nécessaires sur ses droits patrimoniaux. En revanche, ne seraient en principe pas recevables à agir devant le juge du contrat, les tiers au contrat qui ne pourraient se prévaloir d'aucun droit de nature patrimoniale lésé par la conclusion du contrat : les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques, les syndicats, les associations, et toutes les autres personnes à qui pourtant le juge de l'excès de pouvoir pourrait reconnaître un intérêt à agir contre l'acte détachable du contrat.

La troisième série de précisions concerne les modalités concrètes d'organisation de cette nouvelle voie de droit ouverte aux tiers. A cet égard, pour les raisons de sécurité juridique que nous évoquons plus haut, il nous paraît indispensable de préciser des règles de délai de recours permettant d'abrégé de façon raisonnable la période pendant laquelle les contrats pourraient être exposés à de possibles actions des tiers. Nous vous proposons de juger que l'action ne serait recevable que si elle est exercée dans le délai de droit commun de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative à compter de l'accomplissement de mesures de publicité appropriées. Cela suppose quelques précisions supplémentaires tant à propos du délai lui-même que des mesures de publicité qui seraient susceptibles de le déclencher.

Concernant le délai, nous ne croyons pas impossible, dans le cadre de ce recours exceptionnel des tiers, de considérer les contrats comme des « décisions » au sens de l'article R. 421-1. De plus, afin de préserver la sécurité juridique des marchés de travaux publics, il faudrait prévoir explicitement, si vous nous suivez, que la dérogation prévue par l'article R. 421-1 concernant la matière des travaux publics ne vaut pas concernant la voie de recours nouvelle que nous vous proposons d'instaurer. La précision nous paraît nécessaire car il ressort de votre jurisprudence que les "demandes en matière de travaux publics" à l'égard desquelles la forclusion ne joue pas sont, comme ce serait le cas pour cette nouvelle voie de droit, les demandes de plein contentieux (*Section, 22 octobre 1976 "Société compagnie française Thomson-Houston Hotchkiss Brandt", p. 437, concl. Braibant ; cf. aussi cours du Pt Odent, p. 1031*).

Concernant les mesures de publicité, nous pensons qu'il faut retenir une solution à la fois simple et souple permettant aux collectivités publiques qui signent des contrats de faire courir le délai de recours dans de bonnes conditions. Il ne paraît pas envisageable, à la fois pour des raisons matérielles mais aussi, sans doute, pour des motifs tenant au secret des affaires, d'inciter les collectivités publiques à publier les contrats qu'elles signent. Nous pensons, toutefois, que le délai pourrait courir à compter de la date de publication de la décision de signer le contrat, publication qui mentionnerait également le lieu où le contrat lui-même serait consultable. Vous admettez tout à fait ce type de publication par référence (*30 juillet 2003, Société des agrégés de l'université, T. p. 644*). On pourrait aussi imaginer des modalités de publicité plus sommaires – comme un simple affichage – concernant des contrats très modestes, tels que la plupart des marchés passés selon la procédure dite adaptée. Notons au passage que la publication de la décision de signer aurait avantage de matérialiser cette décision, ce qui éviterait les conséquences fâcheuses de la jurisprudence issue de la décision *Chambre de commerce de Tamatave*.

Nous pouvons en venir à la quatrième série de précisions qui concerne les pouvoirs du juge qui serait ainsi saisi d'un recours

des tiers. Il est à notre avis important que ce juge de plein contentieux puisse faire autre chose que, simplement, décider la résiliation voire la résolution du contrat. Si l'on veut qu'il soit un instrument efficace, permettant aux tiers de contester la validité du contrat pour faire valoir leurs droits, tout en garantissant du mieux possible les droits des parties, il nous paraît nécessaire de lui confier le plus grand éventail possible de pouvoirs. Ce juge devrait donc pouvoir tout aussi bien prononcer la résiliation du contrat, modifier certaines de ses clauses, décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation ou accorder des indemnisations en réparation des droits lésés. En dernière extrémité, devant un vice d'une particulière gravité – par exemple ceux que vise le projet de directive « Recours » - il devrait également pouvoir annuler le contrat, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé. Ainsi pourvu de très larges pouvoirs, le juge du contrat pourrait, au cas par cas, prendre en considération les conséquences sur l'intérêt général des mesures qu'on lui demande de prononcer.

Une telle attitude, qui se défie des conséquences brutales d'une mesure juridictionnelle trop radicale, ne serait d'ailleurs pas sans précédent dans votre jurisprudence. Avant la décision Institut de recherche pour le développement, précitée, vous en avez décidé de même à propos des conséquences de l'annulation d'une décision de préemption (*Section, 26 février 2003, M. et Mme Bour, p. 59*) ou d'une décision révélant l'implantation irrégulière d'un ouvrage public (*Section, 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, p. 21, concl. Maugüé*). Dans ces deux affaires, vous avez jugé que les dispositions à prendre pour l'exécution de la chose jugée devaient prendre en considération le caractère éventuellement excessif des conséquences sur l'intérêt général.

Reste une cinquième et dernière précision importante concernant la combinaison de cette voie de recours avec les autres recours existant en matière contractuelle. Dans la mesure où il concernerait uniquement les tiers, nous ne pensons pas que l'instauration de ce nouveau recours soit susceptible d'avoir quelque influence sur les possibilités d'action ouvertes aux parties en l'état actuel de la jurisprudence. Il n'en va pas de même, en revanche, concernant les possibilités qu'en l'état actuel de la jurisprudence vous reconnaissez aux tiers. La question se pose d'abord des tiers qui entrent dans le champ d'application du nouveau recours parce qu'ils pourront justifier de droits patrimoniaux lésés. Il nous semble raisonnable, les concernant, d'estimer qu'ils ne seront plus recevables à demander l'annulation de l'acte détachable au juge de l'excès de pouvoir. La solution nous semble logique : dès lors que vous considérez que comme « tiers intéressés », ils ont des droits potentiellement lésés du fait de la conclusion du contrat, ce qui justifie une action directe contre lui, il n'est plus utile que vous leur permettiez d'user de la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte détachable, support du contrat. Nous nous permettons d'insister sur le fait que, si vous nous suivez, c'est une grosse partie du contentieux de l'acte détachable – celui qui émane des entreprises évincées - qui devrait ainsi disparaître au profit du contentieux de pleine juridiction portant sur le contrat.

La question se pose ensuite, des tiers qui, en raison de leur qualité, ne pourront justifier d'un droit lésé et seront ainsi irrecevables à critiquer le contrat. Il ne nous paraît ni souhaitable, ni même d'ailleurs possible en raison du principe général du droit qui s'attache à l'existence d'une voie de recours effectif contre les actes de l'administration (*Ass. 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, p. 110, RDP 1951.478, concl. Delvolvé, note M. Waline ; voir aussi CC, décision n°93-335 DC du 21 janvier 1994, p. 40*) de leur retirer la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte détachable du contrat. Si vous nous suivez, cette voie devra donc leur rester ouverte. Il faudra cependant que les juridictions du fond appliquent complètement votre jurisprudence précitée *Institut de recherche pour le développement* en ne déduisant pas systématiquement de l'annulation d'un acte déta-

chable la résiliation ou même la résolution du contrat. A cet égard, l'attitude prudente - s'appuyant sur les conséquences dommageables pour l'intérêt général d'une mesure trop radicale visant le contrat - qui sera celle, si vous nous suivez, du juge du contrat saisi par un tiers, devra nécessairement inspirer celle du juge de l'exécution tirant les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

Enfin, si vous nous suivez, vous pourrez admettre, ce qui ne serait pas le moindre des atouts de la solution, que dans la mesure où certains tiers deviendraient recevables à critiquer le contrat, ils retrouveraient du coup la possibilité d'accompagner cette action au fond d'une demande de référé suspension, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Il nous semble en effet que le recours contestant la validité du contrat dont nous vous proposons de consacrer l'existence doit pouvoir être regardé sans grand effort comme la « requête en annulation ou en réformation » dirigée contre une « décision administrative » mentionnée par l'article L. 521-1. Parvenu à ce stade de notre propos, une prudence élémentaire, en même temps qu'une certaine humilité, commanderaient sans doute que nous nous arrêtions là en vous proposant d'appliquer enfin au cas de l'espèce les principes qui viennent d'être définis. Nous craignons, cependant, de devoir abuser encore un peu de votre patience car la présente affaire pose une deuxième question. Bien qu'elle-même non dénuée d'une certaine portée, elle nous retiendra, rassurez-vous, moins longtemps. Si vous nous suivez et décidez de créer cette nouvelle voie de droit, la solution à laquelle vous parviendrez est susceptible d'avoir des conséquences procédurales très importantes pour le contentieux de l'ensemble des contrats administratifs. Les conditions d'accès au juge des différentes catégories de requérants pourraient se trouver substantiellement modifiées, certains requérants pouvant par exemple agir en référé suspension quand ils ne le pouvaient pas, mais se voyant en contrepartie fermer la voie du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

La solution présente donc deux caractéristiques : elle modifie fortement les modalités d'accès au juge pour de nombreux justiciables et bouleverse des habitudes bien ancrées. C'est pourquoi nous nous sommes demandé s'il n'y aurait pas lieu, dans ces conditions tout de même très particulières, de prévoir que le changement de jurisprudence auquel nous vous suggérons de procéder ne produira d'effet qu'à compter d'une date déterminée. Les termes de cette question, dite de la modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence, sont bien connus, d'autant mieux d'ailleurs qu'un certain effet de mode s'est emparé de ce débat depuis quelques temps. Le principe est bien sûr, que la jurisprudence fait corps avec la règle qu'elle interprète de sorte que lorsque la jurisprudence change, ce changement est réputé révéler un état de la règle qui est censé avoir toujours existé. La jurisprudence repose donc sur cette incroyable fiction, digne du « Guépard » de Visconti et Tomaso di Lampedusa, qui veut que rien ne change lorsque tout change. C'est le principe supérieur qui permet au juge, lorsqu'il modifie l'interprétation d'une règle, de prétendre qu'il n'en fixe pas de nouvelle. C'est l'enseignement des grands juristes contemporains. Jean Carbonnier affirme sans ambages dans son *Introduction au droit civil* (PUF, Themis, juillet 2002) que « le revirement jurisprudentiel est rétroactif par nature » tandis que Jean Rivero, dans l'article célèbre publié à l'AJDA en 1968 (« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968.15) prévient que la jurisprudence est « rebelle par nature » au principe de non-rétroactivité et que « prétendre l'y soumettre serait ipso-facto en tarir la source. » Il n'en demeure pas moins que la réflexion s'est intensifiée dans les années récentes pour porter sur les effets que pouvaient avoir des changements importants de jurisprudence, ce qu'il est convenu d'appeler des « revirements ». Le point de départ de cette réflexion, qui figure très nettement dans le rapport remis au premier président de la Cour de cassation par le groupe de travail présidé par le professeur Nicolas Molfessis, est que plus personne ne conteste vrai-

ment que la jurisprudence, surtout en droit administratif, soit une authentique source de droit.

Dès lors, il a paru naturel de s'interroger sur les conditions dans lesquelles pouvaient être modifiées ces règles d'origine jurisprudentielle. En particulier, de nombreux auteurs ont insisté sur les conséquences « néfastes » que le changement brutal d'interprétation d'une règle pouvait avoir. Les conclusions du rapport précité - qu'une très importante production doctrinale a accueilli et accompagné - invitaient ainsi la Cour de cassation à moduler dans le temps les effets des revirements de sa jurisprudence. La haute juridiction a d'ailleurs franchi ce pas par un arrêt de son **Assemblée plénière du 21 décembre 2006 (n°00-20.493)** par lequel elle a jugé qu'on ne pouvait appliquer à une personne une obligation procédurale qui ne s'est imposée qu'en raison d'un revirement de jurisprudence intervenu postérieurement à l'introduction par cette personne de l'action judiciaire, c'est-à-dire à une date à laquelle elle ignorait tout de l'obligation qui allait peser sur elle. La cour relève expressément que l'effet rétroactif de la jurisprudence aurait eu pour conséquence, s'il n'y avait pas été fait obstacle, de priver la personne d'un procès équitable, au sens de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme n'est elle-même pas insensible aux conséquences, sur le respect dû à l'article 7 de la convention, qui peuvent être celles d'un revirement de jurisprudence (**CEDH 13 juin 1979, Marcks c/ Belgique**) ou, de ce qu'elle appelle « l'absence de prévisibilité raisonnable d'une règle jurisprudentielle » (**CEDH, 10 octobre 2006, Pessino c. France**, Dalloz 2007.124, note D. Roets). Mais c'est surtout la Cour de justice des communautés européennes qui, d'abord par son arrêt **Defrenne (8 avril 1976, 43/75, p. 455, point 75)** puis, plus récemment par un arrêt tout à fait explicite **Société des produits du maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects (27 février 1985, 112/83, p. 719, points 16-18)** a affirmé la possibilité qu'elle se réservait de ne tirer des conséquences d'une interprétation nouvelle à laquelle elle se livrait qu'à compter d'une date déterminée, cela, « à titre exceptionnel » et pour « d'impérieuses considérations de sécurité juridique ». Dans ce contexte relativement fourni, vous êtes pour l'instant demeuré sur la réserve. Dans une décision du **14 juin 2004 (SCI Saint-Lazare, T. p. 564)**, vous avez écarté le moyen tiré de ce qu'un principe de sécurité juridique ferait obstacle à la portée normative et rétroactive de la jurisprudence. Vous avez confirmé cette solution dans une décision **Société Placoplâtre (12 octobre 2005, T. p. 1032)**. Enfin, plutôt que de décider, comme l'y incitait notre collègue Yves Struillou, de moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, votre Section du contentieux a préféré ne pas procéder à ce revirement (**Section, 10 mars 2006, Société Leroy Merlin, p. 118**). Vous ayant présenté les principales données de cette question, il nous faut vous dire maintenant que l'idée selon laquelle le juge administratif pourrait déterminer la date d'entrée en vigueur d'une règle jurisprudentielle nouvelle ne suscite pas de notre part une adhésion empressée. A vrai dire, nous serions même plutôt porté à vous recommander d'écarter cette idée. Si nous ne sommes pas très favorable au principe de la modulation, c'est parce que nous pensons qu'elle est susceptible de heurter des principes particulièrement importants qui régissent, dans notre système institutionnel, les pouvoirs des juges. A cet égard, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le juge qui a fixé une règle jurisprudentielle nouvelle pourrait ne pas l'appliquer au litige dont il est saisi. Une telle façon de procéder, qui consiste en fait à s'abstraire du litige et du justiciable en les regardant seulement comme les supports fortuits d'une construction intellectuelle autonome, nous semble peu compatible avec ce qu'est l'office d'un juge et avec la règle figurant à l'article 5 du code civil. A nos yeux, l'office du juge est toujours de régler les litiges particuliers qui sont portés à son attention, en confrontant les données de chaque espèce à la règle de droit. Or prétendre ré-

gler un litige donné en lui faisant application de l'ancienne règle de droit, ou ce qui revient au même, dégager une nouvelle règle et décider de ne pas l'appliquer, c'est à notre avis, ne pas remplir pleinement un office de juge. Autant nous n'avons pas de mal à considérer que le juge puisse avoir un pouvoir normatif pour créer des règles de droit par sa jurisprudence, autant nous pensons qu'il n'a pas la légitimité de décider à quel litige il applique cette règle. C'est, pour le dire avec les mots de Rivero, qu'on « ne saurait concevoir une dissociation entre création et application [de la norme juridique]... ». A cet égard, la solution consistant à dégager une règle nouvelle pour ne pas l'appliquer à l'espèce nous paraît difficilement compatible avec la prohibition des arrêts de règlement prévue à l'article 5 du code civil, et nous n'avons aucun doute pour penser que cette prohibition s'applique également au juge administratif dans la mesure où, si la disposition a été introduite dans le code de 1804, la première interdiction des arrêts de règlement résulte de la loi des 16 et 24 août 1790 (cf. Bernard Beigner, « Les arrêts de règlement », Droits, 1989.45). Vous ayant fait part de ces éléments marquant, vous le constatez, une certaine réserve de notre part, nous nous sentons d'autant plus libre de vous exposer maintenant les considérations qui nous conduisent en l'espèce, à vous proposer, à titre exceptionnel, de déterminer la date d'entrée en vigueur du changement jurisprudentiel. Ces considérations sont très liées aux caractéristiques particulières de l'espèce. Nous pensons que si la mise en oeuvre d'un pouvoir de modulation peut se justifier en l'espèce, c'est en raison des conditions dans lesquelles cette affaire se présente. La nature de l'innovation jurisprudentielle proposée nous paraît en effet se prêter tout particulièrement à une modulation de ses effets dans le temps. Elle concerne une question de pure procédure administrative contentieuse et est susceptible, si l'on n'y prend garde, de créer un certain désordre dans une matière - le contentieux des contrats - qui s'y prête sans doute encore plus mal que les autres. A cet égard, nous observons que lorsque vous avez récemment dégagé l'existence du principe général du droit de la sécurité juridique, vous l'avez fait dans une espèce où sa violation résultait, précisément, de conséquences jugées excessives sur des situations contractuelles légalement instituées (**Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, p. 154**). A cela s'ajoute l'idée toute simple que lorsqu'une nouvelle voie de recours est créée ex-nihilo, le bon sens est sans doute de prévoir, pour éviter les pièges procéduraux et les effets d'aubaine, les conditions de son entrée en vigueur. C'est par exemple ce que fit le Conseil constitutionnel lorsque, après avoir créé un recours en rectification d'erreur matérielle pour le contentieux électoral dont il avait à connaître, il a modifié son règlement de procédure par une décision du 24 novembre 1987, pour définir les modalités d'application dans le temps de cette nouvelle procédure.

Ce que nous vous suggérons de faire en l'espèce n'est, au fond, pas si différent. C'est pourquoi, tout en réservant la question de savoir s'il faudrait moduler les effets d'une jurisprudence nouvelle portant sur l'interprétation d'une disposition de fond, nous pensons qu'en l'espèce il n'est pas impossible et qu'il est peut-être même opportun de décider vous-même du moment de l'entrée en vigueur des nouveaux principes jurisprudentiels.

Concrètement, nous vous proposons de juger que les principes nouveaux ne seront appliqués que pour les litiges concernant des contrats dont la procédure de passation aura été engagée postérieurement à la date de lecture de votre décision. Par ailleurs, pour les raisons que nous avons évoquées, nous ne sommes pas favorables à toute solution qui consisterait pour le juge à s'abstraire des données concrètes du litige. C'est pourquoi si, comme nous vous le suggérons, vous vous engagez avec prudence dans la voie de la modulation, en décidant que les principes nouveaux n'entreront en application qu'à compter d'une certaine date, nous pensons fermement que cette modulation ne doit pas jouer pour l'affaire de l'espèce ni davantage pour les litiges qui auraient été engagés à la date de lecture de votre décision. En clair, à supposer

que vous fassiez vôtres les nouvelles règles relatives aux recours contre les contrats, nous vous engageons à les appliquer en l'espèce à la société Tropic travaux signalisation. Une telle façon de faire, qui serait comparable à ce que fait, pour sa part, la Cour de justice des communautés européennes, ne serait pas défavorable, globalement, à cette société. Au bénéfice de l'ensemble des remarques qui précèdent, nous croyons raisonnable d'en venir enfin au litige pour lui appliquer les principes que nous avons proposé de dégager. Il vous suffira alors de constater que l'entreprise requérante, qui a été évincée de la procédure de passation du marché, pouvait, en cette qualité, se prévaloir de droits lésés de nature patrimoniale. Elle était donc parfaitement recevable à contester devant le juge du contrat la validité de celui-ci. En rejetant comme irrecevables les conclusions visant à la suspension du marché, sans rechercher si la société requérante pouvait justifier de droit lésé ni en tirer de conséquence sur les conclusions visant les actes détachables, le premier juge a donc commis une erreur de droit qui nous paraît de nature à entraîner l'annulation de toute l'ordonnance.

L'article L. 821-2 du code de justice administrative vous conduira à régler l'affaire au titre de la procédure de référé. Vous êtes saisi des conclusions de la société requérante qui demandaient la suspension tant des actes détachables que du marché. Concernant le marché, il vous suffira de relever que le seul moyen présenté par la société requérante, tiré du détournement de pouvoir, n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de l'opération contractuelle.

Concernant les actes détachables, nous vous proposons de faire jouer l'exception de recours parallèle dont il a été question plus haut. La société étant recevable, dans le système que nous proposons, à contester la validité du marché, elle ne l'était plus pour demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation des actes détachables. Il en résulte que les conclusions de suspension visant ces actes doivent être rejetées (**11 mai 2001, Commune de Loches, T. p. 1099**). Ceci devrait vous conduire à rejeter la demande présentée par la société devant le premier juge. La chambre de commerce et d'industrie présente des conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1. Mais nous pensons qu'il n'y aura pas lieu d'y faire droit.

* *

*

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, Pour finir, nous n'essaierons pas, comme il arrive parfois que vos commissaires du gouvernement le fassent à ce pupitre, de vous dire que l'évolution jurisprudentielle à laquelle nous vous suggérons de procéder aujourd'hui n'est qu'un modeste ajustement, le petit pas qui viendrait s'ajouter à ceux déjà franchis récemment. Nous aurions assez peu de chance de vous en convaincre. Si nous nous sommes permis de retenir aussi longtemps votre attention c'est que l'évolution jurisprudentielle en cause dans la présente affaire n'est pas mince. Elle concerne une importante règle d'organisation du contentieux administratif des contrats et si vous nous suivez, vous modifierez l'équilibre de solutions jurisprudentielles acquises parfois depuis un siècle au moins. Mais pour les raisons que nous avons indiquées, cette évolution nous paraît aussi nécessaire que raisonnable, d'autant plus raisonnable d'ailleurs, que vous accepterez d'y consentir au prix d'une innovation supplémentaire, importante certes mais, nous y insistons, cantonnée.

PCMNC

- à l'annulation de l'ordonnance du 2 mars 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre ;
- au rejet des conclusions de la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe devant ce juge ;
- au rejet des conclusions de la Chambre de commerce et d'industrie tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 2 : CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux, n° 291545

Voir le Corpus.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, Sect., 28 décembre 2009, Commune de Béziers

En 1969, la commune de Béziers et l'une de ses voisines, la commune de Villeneuve-lès-Béziers, ont constitué un syndicat intercommunal à vocation multiple dans le but d'acquérir des terrains et d'étendre une zone industrielle située sur le territoire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers.

Alors même que l'opération d'extension de cette zone impliquait les deux communes, elle devait procurer à la commune de Villeneuve-lès-Béziers un avantage dont la commune de Béziers ne bénéficierait pas. Seule la première, en effet, allait percevoir la taxe professionnelle que les entreprises installées dans la zone en cause seraient amenées à acquitter.

Les deux communes sont donc convenues de se répartir cet avantage au moyen d'un contrat. Elles s'appuyaient en cela sur l'article 11 de la loi du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale, selon lequel les communes membres d'un groupement ayant pour objet la création ou la gestion d'une zone d'activités économiques, à défaut d'avoir affecté à ce groupement la part communale de la taxe professionnelle acquittée par les entreprises implantées sur la zone d'activités en cause, pouvaient aussi, si cette taxe était exclusivement perçue par l'une d'entre elles, passer une convention pour se la répartir.

La convention conclue en application de cet article, le 10 octobre 1986, prévoyait donc que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verserait à la commune de Béziers une partie de la taxe professionnelle qu'elle encaisserait. L'article 2 de la convention précisait que la part reversée à la commune de Béziers serait égale à 15% du montant net de la taxe pour les entreprises déjà installées dans la zone industrielle au 1er janvier 1986 et pour les « entreprises nouvelles extérieures à Béziers », et à 50% du montant net de la taxe pour les entreprises installées à Béziers qui décideraient, après le 1er janvier 1986, d'un transfert dans la zone industrielle.

L'article 1er de la convention prévoyait enfin que les parties s'engageaient « pour une durée illimitée ». Mais après dix années de bonne exécution, le maire de Villeneuve-lès-Béziers a informé le maire de Béziers, par une lettre du 22 mars 1996, que la convention serait résiliée à compter du 1er septembre de la même année, conformément à une délibération de son conseil municipal du 14 mars. La commune de Villeneuve-lès-Béziers a donc cessé les versements à compter de cette date.

La commune de Béziers a alors engagé deux actions contentieuses. Elle a d'abord contesté le refus de la commune de Villeneuve-lès-Béziers de l'indemniser du préjudice résultant, pour elle, de la résiliation du contrat. Cette contestation a été rejetée par le tribunal administratif de Montpellier, puis par la cour administrative d'appel de Marseille en application de la jurisprudence issue de votre avis de Section du 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or* (n° 176873, Rec., p. 198), selon laquelle l'absence de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité de ce contrat.

La cour a en effet relevé que les délibérations des 29 septembre et 3 octobre 1986 qui avaient autorisé le maire de Béziers, d'une part, et le maire de Villeneuve-lès-Béziers, d'autre part, à signer la convention du 10 octobre 1986 avaient été transmises au contrôle de légalité alors que cette dernière avait déjà été signée. Elle en a déduit que cette convention était nulle, et qu'ainsi, la responsabi-

te de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ne pouvait pas être engagée pour violation de ses obligations contractuelles. L'arrêt rendu par la cour dans ce litige indemnitaire vous a alors été déféré. Et par une décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* (n° 304802, à publier au recueil Lebon ; concl. E. Glaser, BJCP 2010, p. 138 ; chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, AJDA 2010, p. 142), vous avez décidé d'abandonner la jurisprudence *Préfet de la Côte d'Or*, et de manière plus générale, de moderniser l'office du juge du contrat lorsqu'il est saisi par les parties d'une contestation dirigée contre le contrat. Ce revirement de jurisprudence vous a conduit à annuler l'arrêt de la cour et à renvoyer à cette dernière le règlement de l'affaire au fond. Les conclusions de la commune de Béziers à fin d'indemnisation sont actuellement pendantes devant elle.

A côté de cette action en responsabilité, la commune de Béziers a également contesté la lettre du 22 mars 1996 par laquelle le maire de Villeneuve-lès-Béziers l'a informée de la résiliation de la convention du 10 octobre 1986, ainsi que la délibération par laquelle le conseil municipal avait estimé qu'il y a avait lieu de ne plus exécuter cette dernière. Cette contestation a été rejetée par le tribunal administratif de Montpellier, puis par la cour administrative d'appel de Marseille. C'est contre l'arrêt rendu par cette dernière le 12 février 2007 que la commune de Béziers se pourvoit en cassation sous le numéro qui vient d'être appelé.

1. Vous pourrez faire droit à son pourvoi. Car pour rejeter l'appel de la commune, la cour a pour partie repris le raisonnement que vous avez condamné dans votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009.

La cour, en effet, s'est à nouveau fondée sur votre avis *Préfet de la Côte d'Or* pour constater que la convention du 10 octobre 1986 était nulle. Elle a ensuite fait application de la jurisprudence issue de votre décision de Section du 10 octobre 2000, *Société Cité-câble Est* (n°196553, Rec., p. 457 ; concl. H. Savoie), selon laquelle des conclusions tendant à l'annulation d'une mesure de résiliation d'une convention entachée de nullité sont dépourvues d'objet à la date d'introduction de la requête. La cour en a déduit que la demande de la commune devant le tribunal était irrecevable et que celle-ci n'était, par suite, pas fondée à se plaindre qu'elle ait été rejetée par le tribunal.

Ce raisonnement, vous l'avez compris, reproduit celui avec lequel vous avez précisément voulu rompre par la décision d'Assemblée *Commune de Béziers*. En appliquant la jurisprudence que vous avez abandonnée, alors que vous n'aviez pas modulé dans le temps les effets de votre revirement, la cour a donc commis une erreur de droit.

Vous pourrez par suite annuler l'arrêt attaqué. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, vous serez alors amenés à régler l'affaire au fond, et c'est dans ce cadre que vous aurez à connaître des questions qui ont justifié l'inscription de l'affaire au rôle de votre formation de jugement.

2. En tant que juge d'appel, vous serez saisis du recours de la commune de Béziers contre le jugement par lequel le tribunal a jugé irrecevable sa demande tendant à l'annulation de la mesure de résiliation de la convention du 10 octobre 1986 prise par la commune de Villeneuve-lès-Béziers.

Pour juger cette demande irrecevable, le tribunal a fait application d'une jurisprudence classique, dont les premières expressions remontent à la fin du XIXe siècle et avec laquelle vous n'avez à ce jour jamais totalement rompu.

D'après cette jurisprudence, les mesures d'exécution des contrats administratifs prises par l'administration ne peuvent en principe pas être annulées par le juge saisi par les parties au contrat. Si le juge contrôle la régularité et le bien fondé de ces mesures, c'est donc uniquement dans la perspective de rechercher si elles justifient qu'une indemnité soit versée au cocontractant de l'administration en réparation du préjudice qu'il a subi. L'expression la plus classique de ce principe est celle énoncée dans votre décision du Section du 24 novembre 1972, *Société des ateliers de nettoyage,*

teinture et apprêts de Fontainebleau, Rec., p. 753. Cette décision indique ainsi que « le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant » et « qu'il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité ».

(1) Comme le soulignent les termes de cette décision, la règle ainsi posée vaut pour toutes les mesures d'exécution des contrats administratifs.

Vous l'avez jugé pour les ordres de service, que l'on classe parmi les mesures d'application du contrat, par une décision du 17 février 1978, *Société Compagnie française d'entreprises*, Rec., p. 88 et pour les mesures de modification du contrat par une décision de Section du 9 décembre 1983, *SEPAD*, Rec., p. 498 (concl. B. Genevois, RFDA 1984, p. 39).

Cette jurisprudence vaut également, ainsi qu'atteste la décision *Société des ateliers de Fontainebleau*, pour les mesures de résiliation, qui constituent l'essentiel des cas traités par la jurisprudence. Ces mesures, comme vous le savez, peuvent être prises de manière unilatérale par l'administration contractante lorsque le contrat ou la loi le prévoient, mais également en l'absence de texte. C'est une règle générale applicable aux contrats administratifs, ainsi que vous l'avez jugé dans votre décision d'Assemblée du 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec., p. 246 (concl. J. Kahn, AJDA 1958 I, p. 282 ; note A. de Laubadère D. 1958, jurispr., p. 730). Cette prérogative exorbitante du droit commun est en outre d'ordre public, de telle sorte que l'administration ne peut pas s'engager à y renoncer (6 mai 1985, *Association Eurolat*, n° 41589, Rec., p. 141 ; concl. B. Genevois, RFDA 1986, p. 21).

Les mesures de résiliation prises par l'administration sont certes soumises au contrôle du juge qui s'assure qu'elles respectent les conditions de forme et de fond prévues pour leur édicition. Vous jugez ainsi irrégulière une mesure de résiliation qui a été prise par une autorité incompétente (28 juillet 1905, *Olivier*, Rec., p. 704), ou qui a été signifiée au cocontractant de l'administration sans mise en demeure préalable (15 février 1933, *Elbs*, Rec., p. 200). Sur le fond, vous n'autorisez l'administration à faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale, hors des hypothèses expressément prévues par le contrat ou par la loi, que dans deux hypothèses : lorsque son cocontractant a commis une faute ou lorsqu'elle s'est fondée sur un motif d'intérêt général. A défaut, la mesure de résiliation est regardée comme irrégulière (27 janvier 1937, *Ville de Quesnoy-sur-Deule*, Rec., p. 125).

Mais quand bien même le juge constate que la mesure de résiliation qui lui est déférée par une partie au contrat est illégale, soit en raison d'une irrégularité de forme, soit pour un motif de fond, il ne peut pas en prononcer l'annulation. La mesure continue donc à exister et à produire ses effets jusqu'au terme normalement prévu par le contrat. Tout au plus le juge peut-il, s'il est saisi de conclusions en ce sens, décider que le cocontractant de l'administration a droit à une indemnité en réparation du préjudice subi, qui devra alors couvrir à la fois la perte subie (*damnum emergens*) et le manque à gagner (*lucrum cessans*) (24 janvier 1975, *Clerc-Renaud*, Rec., p. 55).

La jurisprudence énoncée dans la décision *Société des ateliers de Fontainebleau* a donc pour effet de permettre à l'administration de se défaire à sa convenance, même de manière irrégulière ou pour des motifs illégaux, d'un cocontractant dont elle ne veut plus, à condition qu'elle soit prête à en payer le prix. Ainsi, pour André de Laubadère, vous considérez traditionnellement qu'il « n'y a plus à revenir sur une décision de résiliation » une fois qu'elle est prise, et pour Roger Bonnard, que « la décision de résiliation ne peut en aucun cas et pour aucun motif être annulée (...) sur recours de l'entrepreneur, car elle est absolument définitive ».

(2) Cette règle constitue une limitation importante aux pouvoirs du juge devant lequel les parties peuvent porter les contestations

qu'elles forment contre les mesures de résiliation des contrats administratifs.

Ce juge est le juge du contrat, juge plein contentieux, et non un juge de l'excès de pouvoir. Il est en effet de jurisprudence constante que seuls les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or si vous avez admis de regarder les mesures de résiliation comme des actes détachables du contrat à l'égard des tiers (Assemblée, 2 février 1987, *Société TV 6*, Rec., p. 29), vous jugez en revanche qu'elles n'ont pas ce caractère à l'égard des parties, qui ne peuvent par suite pas en demander l'annulation pour excès de pouvoir (Assemblée, 2 février 1987, *Société France 5*, Rec., p. 28). Il en résulte que les recours dirigés contre ces mesures, comme d'ailleurs de manière générale les recours relatifs à l'exécution d'un contrat, relèvent, lorsqu'ils sont formés par les parties, du contentieux de pleine juridiction (9 juillet 1997, *Ville de Cannes*, Rec., T. p. 939).

Il n'en va différemment que dans des hypothèses particulières où vous estimez que le contrat en cause, parce qu'il place en réalité le cocontractant de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire, a au moins pour partie le caractère d'un acte unilatéral.

Vous jugez ainsi qu'un agent contractuel est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre la décision de l'administration procédant à son licenciement, c'est-à-dire à la résiliation de son contrat (8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, Rec., p. 464). Et vous avez également admis, jusqu'à ce que le législateur transfère au juge judiciaire le soin de statuer sur de tels litiges, que le titulaire d'un contrat d'abonnement téléphonique est recevable à contester, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la mesure de résiliation de son abonnement (Section, 29 juin 1979, *Dame veuve Bourgeois*, Rec., p. 292). Ces hypothèses particulières échappent bien entendu à l'application de la jurisprudence qui se trouve énoncée dans la décision *Société des ateliers de Fontainebleau*.

(3) Le dernier trait caractéristique de cette jurisprudence est que, sauf exceptions sur lesquelles nous allons revenir dans un instant, le juge est démuné du pouvoir d'annulation à l'égard des mesures de résiliation quel que soit le contrat administratif en cause.

Au départ, la règle n'a été appliquée qu'aux marchés publics. On la trouve ainsi énoncée pour la première fois par une décision *Goguelat* du 20 février 1868 (Rec., p. 198 concernant un marché public de travaux. La solution a ensuite été confirmée à de multiples reprises pour cette catégorie de contrats (12 décembre 1890, *Ville de Lorient*, Rec., p. 945 ; 19 mai 1905, *Zotier*, Rec., p. 446 ; Section, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec., p. 136 ; 25 février 1944, *Pioc*, Rec., p. 69 ; 21 décembre 1960, *Hôpital-hospice de Chauny*, Rec., p. 724 ; 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aresy*, Rec., p. 110), puis étendue aux marchés publics de fournitures (9 janvier 1957, *Daval*, Rec., T. p. 955 ; 26 juin 1964, *Société Frigurter*, Rec., T. p. 941), et aux marchés publics de services (*Société des ateliers de Fontainebleau*, précitée). Dans ses conclusions sur la décision précitée *Daval* (AJDA 1957.II, p. 10), le commissaire du gouvernement Laurent indiquait ainsi qu'il existait à ses yeux un « principe jurisprudentiel fondamental en matière de marchés d'après lequel le juge ne peut annuler les mesures prises par le maître de l'œuvre envers l'entrepreneur ».

Mais contrairement à ce que suggérait cette formule, ce « principe jurisprudentiel » n'est pas resté cantonné à la sphère des marchés. A partir du milieu des années 1960, vous l'avez progressivement conçu comme une règle générale applicable, sauf cas particulier, à tous les contrats administratifs. L'extension à laquelle vous avez procédé ressort avec une particulière netteté d'une décision *Leclert* du 17 mars 1976 (Rec., T. p. 1008, note J. Roche, D. 1978, p. 11), qui reprend la formule issue de votre décision *Société des ateliers de Fontainebleau* au sujet du « juge des contestations relatives aux marchés administratifs » pour y substituer une référence au « juge des contestations relatives aux contrats administratifs ».

La variété des contrats auxquels vous appliquez la règle issue de votre décision *Goguelat* illustre la généralité du principe qu'elle pose. Vous y soumettez ainsi les contrats de vente (6 novembre 1970, *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautaret « Sathoval »*, Rec., p. 654 ; concl. Baudoin, AJDA 1971, p. 105), ainsi que les contrats relatifs à l'occupation du domaine privé des personnes publiques (*Leclert*, précitée ; 4 mars 1981, *Commune d'Azereix c. Nasarre*, Rec., T. p. 820 ; 4 février 2008, *Commune du Lamentin*, n° 304807). Vous l'appliquez également à des contrats plus atypiques, tel un contrat emploi formation (23 septembre 1987, *Société SADEV*, Rec., p. 292), une lettre d'agrément (10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « La prospérité fermière »*, n° 54141, Rec., p. 289 ; concl. contraires G. Braibant), une convention relative à l'implantation d'une industrie donnant lieu à subvention (29 juin 1966, *Société pour le traitement industriel des bois et l'équipement de la montagne*, Rec., p. 423 ; concl. M. Galabert AJDA 1966, p. 563), un contrat ayant pour objet de permettre à un particulier d'utiliser une machine à affranchir (26 avril 1978, *Chanard*, Rec., T. p. 878), un contrat passé pour la gestion de résidences municipales (7 novembre 1980, *Association Comité des amitiés sociales de la région de Brest*, Rec., T. p. 795) ou encore une convention, telle celle en cause dans la présente espèce, passée entre deux communes pour se répartir la taxe professionnelle acquittée par les entreprises installées sur une zone d'activité qu'elles ont conjointement aménagée (14 octobre 2005, *Commune de Pagny-sur-Moselle*, n° 255179, Rec., T. p. 768).

C'est donc bien comme une règle de principe que vous avez jusqu'à présent conçu la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*. Mais tout en affirmant donner à celle-ci une portée très large, vous y avez aménagé un nombre important d'exceptions.

La principale et la plus ancienne concerne les contrats de concession. Elle a été dégagée par une décision du 8 février 1878, *Pasquet*, n° 50726, Rec., p. 128, et confirmée par de multiples décisions postérieures, dont l'arrêt du 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c. Ville de Langres*, Rec., p. 54 (v. également Sect. 21 janvier 1944, *Société d'entreprise et de construction en béton armé*, Rec., p. 23 ; 20 janvier 1965, *Société des pompes funèbres générales*, Rec., p. 42). Dans ses conclusions sur cette décision, le Président Romieu justifiait l'exception en relevant que contrairement à l'entrepreneur de travaux publics, le concessionnaire dispose d'un « droit acquis à la jouissance de sa concession durant toute la durée prévue au contrat ». Vous avez transposé cette solution aux concessions coloniales (5 mars 1897, *Verdier*, Rec., p. 194), puis aux concessions de mines (1er octobre 1965, *Société Union économique continentale*, Rec., p. 484 ; note B. Paulin AJDA 1964 II, p. 170). Vous avez ensuite englobé dans le champ des exceptions à la règle de principe les concessions d'occupation du domaine public, par votre décision de Section du 13 juillet 1968, *Société des établissements Serfati*, Rec., p. I (concl. Bertrand AJDA 1968, p. 582 ; chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint-Marc, AJDA 1968, p. 582). Vous vous étiez alors montrés sensibles à la nécessité de ne pas traiter différemment les occupants du domaine public selon qu'ils tiennent leurs droits d'un contrat ou d'une autorisation accordée unilatéralement, notamment sous la forme d'une permission de voirie, dont le retrait peut toujours être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir. De là, l'exception à votre jurisprudence *Goguelat* a été appliquée à l'ensemble des conventions permettant l'occupation du domaine public (1er mars 1978, *Association Maison des Jeunes et de la Culture de Paris Charonne*, Rec., T. p. 878).

Elle s'est encore élargie sous l'effet de votre décision de Section du 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération (SIMA)* (Rec., p. 723 ; concl. M. Gentot, RDP 1972, p. 239 ; note M. Waline, RDP 1972, p. 1245 ; note D. Labetoulle et P. Cabanes, AJDA 1971, p. 649) aux marchés dits « d'entreprise de travaux publics », c'est-à-dire

aux « *contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué durant toute la durée de l'exploitation, et comportant pour le cocontractant de l'administration des garanties analogues à celles accordées aux concessionnaires de services publics ou de travaux publics* ». Les caractéristiques de ces contrats, en effet, les rapprochaient d'une manière telle des concessions que vous avez estimé ne pas pouvoir vous en tenir à l'application de la règle de principe.

Par deux décisions de Section du 19 mars 1976, *ministre de l'économie et des finances c/Bonnebaigt, et Epoux Caboz et sieur Mirguet* (Rec., p. 167 ; chron. Mme Nauwelaert et M. Fabius, AJDA 1976, p. 413), vous avez ensuite fait entrer dans le champ des exceptions les contrats de gérance de débit de tabac. C'est ici le parallélisme avec la situation des agents contractuels de droit public qui vous a fait revenir sur une décision de Section du 1er mars 1968, *Dame veuve Supiot* (n° 67118, Rec., p. 155, RDP 1968, p. 1069, note Waline) par laquelle vous aviez initialement jugé applicable la règle de principe.

Enfin, vous avez dégagé une dernière exception à votre jurisprudence *Goguelat* pour les contrats conclus entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public. Dans votre décision de Section du 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec., p. 105 (concl. M. Fornacciarì, RFDA 5, mai - juin 1989, p. 466; chron. E. Honorat et E. Baptiste AJDA 1989, p. 315 ; note P. Terneyre, Rev. adm. 1989, p. 341), vous avez estimé qu'il y avait lieu d'y soumettre les « *contrats passés entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public* ».

Et par votre décision du 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec., p. 197 (chron. C. Maugué et R. Schwartz, AJDA 1992, p. 480), vous avez étendu cette exception à tous les « *contrats passés entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* ». Vous estimiez alors devoir déroger à la règle de principe eu égard au fait que le service public était directement en cause et que les parties au contrat étant deux personnes publiques, il n'y avait pas lieu d'accorder à l'une d'elles une forme d'immunité juridictionnelle qui jouerait au détriment de l'autre.

3. Comme vous le savez, l'exception est parfois, et même souvent, ce qui confirme la règle. Pour qu'elle remplisse cette fonction, il est toutefois nécessaire que l'exception puisse s'expliquer au regard de la raison qui, au-delà de la formulation de la règle, justifie que celle-ci soit posée, à défaut de quoi, elle en affaiblit au contraire la pertinence.

(1) C'est sur ce terrain qu'on peut formuler une première critique à l'encontre de l'état actuel de votre jurisprudence. Car il faut reconnaître qu'il n'est pas aisé de trouver une cohérence entre les justifications qui sont censées étayer la règle de principe et les motifs pour lesquels il a été jugé nécessaire d'y déroger dans certains cas. Pour ceux qui la défendent, en effet, la règle de principe issue de votre décision *Goguelat* se justifie par l'idée que l'administration doit toujours pouvoir se défaire d'un cocontractant dont elle ne veut plus à condition d'être prête à en payer le prix (v. D. Labetoulle et P. Cabanes, AJDA 1971, p. 649). C'est l'explication à laquelle aboutissait notamment Michel Gentot, qui indiquait dans ses conclusions sur la décision précitée *SIMA* qu'« *il ne serait pas admissible que l'administration se voie imposer, par une annulation éventuelle, un concours technique auquel elle répugne* ». Dans le même sens, le commissaire du gouvernement Bertrand relevait dans ses conclusions sur la décision précitée *Société des établissements Serfati* que : « *la règle paraît procéder aujourd'hui d'un souci de sauvegarde de prérogatives régaliennes de l'administration en matière contractuelle* ».

Or, d'une part, une telle justification devrait valoir au premier chef pour les contrats de concession. Ces contrats, en effet, supposent, pour la plupart d'entre eux, une collaboration plus longue

et plus étroite que celle qui se noue dans le cadre des marchés publics. Ils ont très souvent pour objet la gestion même du service public et l'*intuitu personae* y a, par conséquent, une importance particulière. Comment justifier, dès lors, que précisément dans ce type d'hypothèses, la jurisprudence ait admis que l'administration pouvait être privée de la faculté de rompre à sa convenance les relations contractuelles ?

D'autre part, si l'on admet que les exceptions ont pour objet de ménager les droits du cocontractant de l'administration, on peut se demander pourquoi le critère de l'importance des investissements réalisés et de leur durée d'amortissement a été retenu pour les délimiter. Car en bonne logique, il faudrait plutôt, dans cette perspective, faire coïncider le champ des exceptions avec les cas où l'indemnisation du cocontractant ne permet pas de réparer correctement le préjudice qu'il subit. Spontanément, nous sommes tentée de penser aux hypothèses où le cocontractant n'est pas rémunéré par un prix fixé à l'avance, mais par les résultats de l'exploitation du service. Car il y a alors, dans sa rémunération, un aléa qui pourrait lui être favorable et dont la mesure de résiliation a pour effet de le priver. Nous pourrions alors comprendre que vous ayez exclu du champ d'application de votre jurisprudence *Goguelat* les contrats de concession, dans lesquels, précisément, le cocontractant de l'administration est rémunéré par les résultats de l'exploitation du service.

Mais alors, comment justifier que vous ayez refusé de le faire pour les contrats de régie intéressée, avec votre décision du 6 avril 1895, *Deshayes*, Rec., p. 345, puis pour les contrats d'affermage, par votre décision du 19 avril 1989, *Société des transports urbains d'Angers*, Rec., T. p. 877, alors que le mode de rémunération de leur titulaire est identique à celui du concessionnaire ? Et comment expliquer que vous vous soyez finalement ralliés, avec votre décision *SIMA*, à l'idée que le critère pertinent pour déterminer le champ des exceptions à la jurisprudence *Goguelat* tenait, non pas au mode de rémunération du cocontractant de l'administration, mais à l'importance des investissements qu'il était amené à consentir et à la durée de leur période d'amortissement ?

Enfin, quand bien même on tiendrait pour acquis que ce dernier critère est celui qui permet de faire une juste balance entre la liberté que l'administration doit avoir de se délier du contrat et la garantie des droits que son cocontractant tient de celui-ci, vous ne pourriez que constater que votre décision *SIMA* ne s'applique qu'aux marchés ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages, et qu'ainsi, elle laisse dans le champ de la règle de principe tous les marchés de fournitures et tous les marchés de services. Or ceux-ci peuvent également nécessiter, nous semble-t-il, des dépenses importantes qui ne seront amorties que sur des périodes longues. Que l'on pense, par exemple, aux marchés qui sont conclus en vue de l'acquisition de matériels militaires et aux dépenses de recherche et développement que la conception de ces matériels suppose.

Au total, le champ des exceptions à la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*, façonné « *d'analogie en analogie* » (v. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 7e éd., LGDJ 2010, n° 665), nous semble donc échapper à toute tentative de rationalisation.

(2) Plus fondamentalement, nous peinons à adhérer à l'idée que l'administration doit toujours pouvoir se séparer d'un cocontractant pourvu qu'elle soit prête à en payer le prix.

Nous voyons là une seconde critique qui peut être adressée à la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*, et qui vise la faiblesse de ses fondements. D'abord, ce n'est pas parce que l'administration dispose du pouvoir unilatéral de résilier un contrat administratif qu'elle doit être pour autant autorisée à en faire usage de manière illégale. Or dire que la sanction d'un usage irrégulier de ce pouvoir ne doit être, en toute hypothèse, que pécuniaire, c'est en réalité reconnaître à l'administration la possibilité de se soustraire au principe de légalité. C'est donc lui accorder un pouvoir exorbitant « au carré », dont on ne voit pas très bien la justifi-

cation théorique. Ainsi, comme le notait un commentateur de votre jurisprudence : « *On peut s'étonner qu'après tant d'efforts du juge pour plier l'administration au droit, grâce à un contrôle de légalité de plus en plus poussé (...) sur les actes unilatéraux, l'administration bénéficie de tant d'égards lorsqu'elle a choisi la voie contractuelle* » (v. J. Roche, note sur la décision *Leclert*, précitée, D. 1978, jurispr. p. 11).

Par ailleurs, on peut douter que, comme l'ont affirmé certains commentateurs, il n'y ait « *par définition, (...) dans de tels cas [pas] de 'préjudice irréparable' pour le cocontractant* » (v. D. Labetoulle et P. Cabanes, AJDA 1971, p. 649). Car s'il est acquis que l'indemnité versée au cocontractant prendra en compte son manque à gagner, ce dernier sera calculé sur la base des données connues, mais par définition, pas du bénéfice qui aurait été réalisé si l'exécution s'était réellement poursuivie. Si l'activité du cocontractant était promise à un développement hors normes, il n'en sera pas tenu compte dans l'indemnité qui lui sera versée.

Enfin, on relèvera que la liberté laissée à l'administration par votre jurisprudence *Goguelat* ne va pas dans le sens de la gestion la plus rationnelle qui soit des deniers publics.

Car elle permet à l'administration qui a résilié le contrat de renoncer à l'exécution de celui-ci tout en l'obligeant à indemniser son cocontractant. Pour faire exécuter le contrat, si cela reste nécessaire, l'administration devra alors faire appel à ses propres agents ou aux services d'un autre cocontractant. Au final, elle risque donc d'exposer deux fois le coût nécessaire à cette exécution.

Pour ces multiples raisons, la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat* est abondamment critiquée. René Chapus indique qu'« *on ne voit pas très bien ce que peut être le fondement juridique d'un tel principe* » (*Droit administratif général*, Tome I, n° 1377). André de Laubadère relève, lui, qu'elle conduit « *à des contorsions juridiques et juridictionnelles* » qui pourraient être évitées en l'abandonnant (*Traité des contrats administratifs*, Tome II, 1984, n° 1796). Plusieurs de vos commissaires du gouvernement ont relayé ces critiques, les uns en qualifiant votre jurisprudence de « *fossile juridique* » (M. Fornacciari ; concl. sur *Département de la Moselle*, précitée), les autres en estimant qu'elle était « *indéfendable* » (M. Denis-Linton ; concl. sur *Commune d'Ivry-sur-Seine*, précitée), les autres encore en indiquant qu'il y aurait « *sans doute oeuvre simplificatrice à abandonner le principe et (donc) ses exceptions* » (N. Boulouis ; concl. sur 30 septembre 2009, *Commune de Saint-Pol-sur-Ternoise*, n° 326230).

Il faut bien reconnaître, néanmoins, que si l'édifice bâti par votre jurisprudence a progressivement pris des allures baroques, et si les fondements théoriques n'en sont pas parfaitement assurés, vous vous en accommodez depuis un certain nombre d'années. Vous pourriez donc considérer que, malgré ses défauts, il est sans doute possible de continuer à vivre avec la ligne posée par votre décision *Goguelat*.

4. Si nous croyons que le *statu quo* n'est plus défendable, c'est en raison de l'évolution récente de votre jurisprudence relative à l'office du juge du contrat lorsqu'il est saisi de contestations dirigées contre le contrat.

(1) Comme vous le savez, cette évolution est marquée par deux décisions d'Assemblée. La première est celle du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation* (n° 291545, Rec., p. 360, avec les conclusions de D. Casas), par laquelle vous avez ouvert aux concurrents évincés un recours de plein contentieux contre le contrat, et la seconde celle du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, par laquelle vous avez rénové l'office du juge du contrat lorsqu'il est saisi par les parties d'un recours de plein contentieux contestant la validité de celui-ci.

Dans ces deux cas, vous avez conçu l'office du juge du contrat d'une manière nouvelle, qui tient à ce qu'il dispose d'une palette de pouvoirs élargie, et en même temps d'une certaine liberté pour apprécier l'opportunité de faire usage de ces pouvoirs, eu égard aux circonstances de droit et de fait du litige dont il est saisi. Le juge de votre décision *Société Tropic Travaux Signalisation* est

ainsi en mesure « *soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, (...) d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* ». Mais avant de choisir au sein de cette palette, il doit apprécier les conséquences des vices que, le cas échéant, il est amené à constater, et il ne peut procéder à une éventuelle annulation du contrat qu'après avoir vérifié qu'elle ne porte pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants* ». L'office du juge de votre décision *Commune de Béziers* n'est guère différent. Il appartient en effet à ce juge « *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, la résiliation du contrat ou (...) son annulation* ». Mais il doit apprécier « *l'importance et les conséquences* » des irrégularités dont le contrat peut être entaché, et adapter le choix de sa solution à la nature de cette irrégularité compte tenu de « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* ». Enfin, il ne peut procéder à la résiliation ou à l'annulation du contrat qu'« *après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général* ».

(2) Cette évolution rend à notre avis difficile le maintien de la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*. Car d'une part, avec vos décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers*, vous avez surmonté toute réticence à l'égard du fait que le juge puisse intervenir directement dans les relations entre les parties au contrat. Désormais, nous vous l'avons dit, le juge du contrat a la capacité d'annuler des clauses, de faire procéder à des régularisations ou encore de modifier la date à compter de laquelle le contrat va cesser de produire ses effets. Cette évolution étant acquise, il nous paraît difficile que les mesures de résiliation en soient laissées à l'écart. Puisque le juge est désormais devenu, pour reprendre le mot de Marceau Long, « *un arbitre ou un collaborateur entre les parties* » (concl. sur Section, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, Rec., p. 162 ; RDP 1956, p. 575), il est logique qu'il joue ce rôle tout au long de la vie du contrat, y compris lorsqu'il y est mis fin de manière anticipée. Face aux mesures de résiliation illégales de l'administration, il nous semble donc naturel qu'il ne soit plus strictement cantonné dans un pouvoir d'indemnisation.

D'autre part, l'orientation prise avec vos décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers* permet de surmonter les difficultés pratiques qui, au final, sont sans doute la véritable raison d'être de votre jurisprudence *Goguelat*. Pour la justifier, certains ont noté que : « *Ou bien (...) en raison de l'écoulement du temps nécessaire au déroulement de la procédure contentieuse, la décision d'annulation [resterait] lettre morte et [deviendrait] inutile ; Ou bien au contraire, elle [serait] suivie d'effets mais elle [serait] alors dangereuse (...)* ». C'est notamment en ces termes que s'exprimait le commissaire du gouvernement Baudoin dans ses conclusions sur la décision précitée *Sathoval*. Et les craintes qu'il formulait ne paraissent pas illégitimes quand on pense que l'administration est susceptible de faire appel, après la résiliation du contrat, à un autre partenaire, dont les droits devront également être protégés.

Mais la réponse qu'il faut aujourd'hui apporter à ces craintes ne peut plus être, à nos yeux, d'interdire au juge du contrat de connaître des recours dirigés contre les mesures de résiliation. Elle consiste, puisque cela est désormais possible, à adapter l'office de ce juge à ce type de recours. Dans la mesure où vous avez ouvert la possibilité d'une telle adaptation avec les décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers*, les conditions nous semblent donc réunies pour que vous renonciez au principe général selon lequel les mesures de résiliation sont insusceptibles de recours par les parties au contrat.

5. L'évolution que nous vous proposons, vous l'avez compris, est donc double : il s'agit non seulement d'élargir la voie de recours qui, en l'état actuel de votre jurisprudence, est ouverte par exception aux parties pour contester les mesures de résiliation prises par l'administration, mais aussi de moderniser cette voie pour que l'office du juge soit parfaitement adapté au type de litige dont il sera amené à connaître. Permettez-nous d'y insister : l'un ne va pas sans l'autre. Ce n'est que sous réserve de rénover l'office de ce juge qu'il est à notre avis possible de généraliser les exceptions à la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*.

C'est de cette rénovation que nous allons maintenant vous parler. Cela amène d'abord à s'interroger sur la nature des pouvoirs dont doit être doté le juge du contrat saisi d'un recours dirigé contre une mesure de résiliation. Sur ce point, vous pourriez vous attendre à ce que nous vous proposons de retenir qu'il doit disposer du pouvoir d'annuler une telle mesure comme c'est le cas, par exception, en l'état actuel de votre jurisprudence.

Ce n'est toutefois pas exactement ce que nous allons vous suggérer. Car le pouvoir d'annuler une mesure de résiliation ne nous paraît pas être tout à fait celui dont le juge du contrat, eu égard à son office, a besoin d'être doté lorsqu'il est saisi par les parties d'un recours dirigé contre une telle mesure. En tant que juge de plein contentieux, en effet, il nous semble que ce juge n'a pas, à titre principal, à apprécier la légalité de l'acte qui lui est déféré, mais à dire quels sont les droits des parties au litige, et ce quand bien même il ne serait pas expressément saisi de conclusions en ce sens.

Dans le cas particulier d'un recours dirigé contre une mesure de résiliation, cela signifie que le coeur de son office est de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non reprendre. A défaut, la décision du juge risque de n'être d'aucune utilité pour les parties au contrat. Au mieux, elle ne servira qu'à faire constater que la mesure de résiliation prise par l'administration est illégale et à préparer un éventuel recours indemnitaire. Au pire, elle donnera lieu à des difficultés d'exécution.

Il nous paraît donc exclu que le juge du contrat puisse se borner à annuler la mesure de résiliation qui lui est déferée sans préciser les conséquences qu'il en tire sur la vie du contrat. On peut en revanche hésiter sur le point de savoir s'il doit prononcer la reprise des relations contractuelles en conséquence de l'annulation de la mesure de résiliation critiquée ou s'il peut s'épargner l'étape consistant à annuler cette mesure et se borner à indiquer aux parties la portée de sa décision à l'égard du contrat.

Nous inclinons pour notre part à privilégier la seconde option. Car nous ne voyons pas l'intérêt qu'il peut y avoir à ce que le juge procède en deux étapes si la seconde est suffisante pour assurer le plein effet de sa décision. A cet égard, on peut relever qu'en matière de contentieux fiscal, le juge n'annule pas la décision d'imposition lorsqu'il estime que l'impôt a été mis à tort à la charge du contribuable, et qu'il se borne à accorder la décharge correspondante. Par ailleurs, il nous semble que le terme d'annulation peut être ambigu dans la mesure où le juge du contrat, comme on va le voir dans quelques instants, sera amené, dans la plupart des cas, à dire qu'il n'y a lieu de reprendre les relations contractuelles que pour l'avenir. Or comme vous le savez, l'annulation d'un acte désigne en principe sa disparition *ab initio*.

Nous vous proposons donc de retenir que lorsqu'il est saisi par une partie au contrat d'un recours dirigé contre une mesure de résiliation, le juge doit se considérer comme saisi d'une demande tendant à la reprise des relations contractuelles.

Il lui appartiendra donc de dire s'il y a lieu que ces relations reprennent à compter d'une date qu'il déterminera. Cette date sera à notre avis, dans la plupart des cas, identique ou postérieure à celle de la décision du juge. Car il est bien évident que, dans la réalité des choses, les relations contractuelles ne peuvent guère reprendre que pour l'avenir, et non pour le passé. Quels que soient ses pouvoirs, le juge du contrat n'aura en effet jamais celui de faire re-

monter le cours du temps. Ce que les parties n'auront pas fait conformément aux échéances prévues par le contrat, elles ne le rattraperont jamais dans les faits, y compris pour des contrats à objet purement financier tel que celui qui est en cause dans la présente espèce.

Pour autant, nous ne pensons pas que vous deviez priver le juge de la possibilité de décider qu'il y a matière à reprise des relations contractuelles pour le passé, c'est-à-dire pour la période courant entre la date de résiliation du contrat et la date à laquelle il statue. Car il pourra être utile, dans des cas particuliers et probablement rares, que le juge puisse faire revivre, à titre de fiction juridique, les relations contractuelles durant tout ou partie de cette période. Nous pensons notamment à l'hypothèse où l'exécution du contrat se serait poursuivie en dépit de la mesure de résiliation, et où une régularisation serait nécessaire pour permettre au cocontractant de l'administration de faire valoir les droits qu'il tient de l'exécution du contrat pendant cette période, auprès de l'administration ou auprès de tiers.

6. Nous en venons maintenant, après la question des pouvoirs du juge, à celle de la méthode selon laquelle il devra procéder pour trancher le fond du litige.

Pour ce faire, le juge devra commencer par se demander si la reprise des relations contractuelles n'est pas devenue sans objet, à défaut de quoi il ne pourra que rejeter les conclusions dirigées contre la mesure de résiliation critiquée. Pour l'avenir, une telle reprise sera notamment dépourvue d'objet si, à la date à laquelle le juge statue, la date normale d'échéance prévue pour le contrat est dépassée, ou si, à cette même date, les obligations prévues par le contrat à la charge du cocontractant ont été entièrement exécutées. Pour le passé, la reprise des relations contractuelles sera dépourvue d'objet, ainsi que nous l'avons indiqué, s'il n'y a pas matière à régulariser la situation de fait dans laquelle s'est trouvé le cocontractant de l'administration entre la date de la résiliation et la date à laquelle le juge rendra sa décision.

Si la reprise des relations contractuelles n'est pas devenue sans objet, le juge devra alors procéder à un bilan du type de celui que vous avez prescrit dans vos décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Commune de Béziers*. Dans cette perspective, il devra d'abord déterminer si la mesure de résiliation critiquée est entachée de vices affectant sa régularité ou son bien fondé et, dans l'affirmative, apprécier la gravité de ces vices. Il ne déduira donc pas mécaniquement de ce que cette mesure méconnaît une loi, un principe jurisprudentiel ou une stipulation contractuelle que le recours en cause doit être accueilli. Pour apprécier la gravité du vice éventuellement constaté, il devra tenir compte de la nature de ce vice, mais aussi des motifs par lesquels l'administration justifiera, le cas échéant pour la première fois devant lui, la mesure de résiliation critiquée. Il pourra ainsi être sensible au point de savoir si le cocontractant de l'administration a commis une faute dans l'exécution du contrat ou si l'administration justifie la mesure de résiliation critiquée par un motif d'intérêt général.

Enfin, s'il estime que le vice dont est entachée la mesure de résiliation critiquée est grave, le juge devra s'interroger sur les conséquences d'une éventuelle reprise des relations contractuelles. Il ne décidera qu'il y a lieu à une telle reprise que s'il estime qu'elle ne porte une atteinte excessive ni à l'intérêt général, ni aux droits du cocontractant qui, peut-être, aura repris en lieu et place du titulaire du contrat résilié l'exécution de celui-ci.

7. Si vous nous suivez dans cette manière de concevoir l'office du juge, lorsqu'il est saisi par le cocontractant de l'administration d'un recours dirigé contre une mesure de résiliation, vous devrez encore permettre au requérant d'assortir son recours de conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA. Disons-le d'emblée, cette possibilité nous paraît absolument nécessaire pour que la voie de droit que vous élargissez et que vous modernisez ne soit pas une fausse fenêtre pour les acteurs économiques qui contractent avec l'administration. Car comme vous l'avez compris, les conditions pour que le juge constate qu'il y a

lieu que les relations contractuelles reprennent seront, à défaut d'une telle suspension, très difficiles à remplir.

Si une décision du juge n'intervient pas rapidement, en effet, l'administration aura tôt fait de prévoir une solution alternative pour faire en sorte que, si elle y conserve un intérêt, l'exécution du contrat résilié se poursuive. Elle pourra ainsi décider de reprendre son exécution en régie, ou encore de faire appel aux services d'un autre cocontractant. Le juge sera alors amené à constater soit que la reprise des relations contractuelles est devenue sans objet, soit qu'elle porte atteinte à un motif d'intérêt général, soit qu'elle lèse les droits du nouveau cocontractant, et donc en toute hypothèse, qu'elle est impossible.

En opportunité, il nous paraît donc nécessaire de permettre au cocontractant de l'administration de saisir le juge d'une demande, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1, pour obtenir que, le cas échéant, ce dernier constate qu'il y a lieu, à titre provisoire, que les relations contractuelles reprennent. En droit, nous ne voyons pas d'obstacle à ce que vous puissiez aller dans ce sens. En l'état actuel de votre jurisprudence, cette possibilité est en effet déjà ouverte dans les cas où, par exception, le cocontractant de l'administration est recevable à demander l'annulation des mesures de résiliation d'un contrat (22 février 2002, *Société SFR*, n° 236223 ; 9 juillet 2003, *Société Midi Fruit*, n° 255980 ; concl. D. Piveteau). Elle est en revanche fermée hors du cas de ces exceptions (24 juin 2002, *Société Laser*, n° 242376, Rec., T. p. 857 ; concl. C. Bergeal), ce qui ne vous surprendra guère puisque vous jugez qu'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 doit être rejetée lorsque la demande d'annulation qu'elle accompagne est irrecevable (11 mai 2001, *Commune de Loches*, n° 231802, Rec., T. p. 1099).

Certes, vous pourriez relever qu'il existe une difficulté de texte à surmonter si, comme nous vous l'avons proposé, vous retenez que la voie de recours que nous vous proposons d'élargir et de moderniser n'a pas pour objet d'obtenir une annulation, mais la reprise des relations contractuelles. Car le premier alinéa de l'article L. 521-1 du CJA, rappelons-le, ne permet la suspension de l'exécution que de décisions administratives faisant l'objet « d'une requête en annulation ou en réformation ». Mais l'obstacle qu'il vous faut franchir l'a déjà été, nous semble-t-il, avec votre décision *Société Tropic Travaux Signalisation*. Dans cette décision, en effet, alors même que la voie de recours que vous ouvriez pouvait conduire le juge à prononcer des mesures de régularisation, à résilier le contrat ou à modifier certaines de ses clauses, et donc alors même que la requête dont il était saisi ne s'analysait pas, au sens strict, comme une « requête en annulation ou en réformation », vous n'en avez pas moins affirmé qu'elle pouvait « être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, à la suspension de son exécution ».

Nous vous proposons donc de vous mettre dans les pas de cette jurisprudence, et de reconnaître au cocontractant de l'administration la possibilité, lorsqu'il présente une demande tendant à la reprise des relations contractuelles, de l'assortir d'une demande tendant à la suspension de la mesure de résiliation dont il conteste la validité, en vue d'obtenir, à titre provisoire, la reprise des relations contractuelles.

Saisi d'un tel recours, et pour apprécier si la condition d'urgence mentionnée à l'article L. 521-1 est remplie, le juge des référés devra prendre en compte les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public et aux intérêts du requérant, ainsi que, le cas échéant, aux intérêts d'un tiers qui aurait conclu avec l'administration un contrat ayant le même objet que le contrat résilié. A nos yeux, le juge des référés ne devrait ainsi être amené à retenir qu'il y a urgence que dans des hypothèses où la résiliation met en péril la survie économique du cocontractant de l'administration.

Pour apprécier s'il existe un moyen de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la mesure de résiliation contestée, il devra apprécier, de manière pragmatique, si

les vices invoqués lui paraissent d'une gravité suffisante pour ouvrir droit, au bénéfice du requérant, à la reprise des relations contractuelles ou si, au contraire, ils ne sont de nature qu'à ouvrir droit au versement d'une indemnité.

En termes simplifiés, la suspension d'une mesure de résiliation ne sera donc prononcée que si cette mesure est entachée d'une grave irrégularité, par exemple d'un détournement de pouvoir, et si elle met en péril la survie économique du cocontractant de l'administration. La suspension étant amenée à constituer, dans la très grande majorité des cas, un préalable indispensable pour que le juge puisse accueillir la demande au principal, il y a fort à parier que la voie de droit qu'il vous est proposé d'élargir et de rénover ne permettra d'ordonner la reprise des relations contractuelles que dans des cas relativement rares. Dans les autres hypothèses, c'est sur le terrain de la réparation du préjudice subi par le cocontractant de l'administration que la contestation éventuelle continuera à se régler. Nous ne pensons pas, pour autant, que l'évolution qui vous est proposée soit inutile. Car elle permettra d'apporter une réponse dans des cas où l'administration s'est comportée vis-à-vis de son cocontractant d'une manière inacceptable et elle contribuera à dissuader de tels comportements. De ce point de vue, la situation nous semble assez comparable avec celle que vous avez voulu traiter en ouvrant, par la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* précitée, un recours de plein contentieux aux tiers contre le contrat.

Vous aurez noté, enfin, que l'évolution qui vous est proposée ne remet pas en cause l'application de la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat* aux mesures d'application du contrat et aux mesures de modification de celui-ci. Nous n'y voyons pas d'inconvénient eu égard au caractère particulier des mesures de résiliation qui sont les seules à faire disparaître le contrat et les seules, également, pour lesquelles vous ayez jugé nécessaire de dégager des exceptions à la règle de principe. Cette restriction ne préjuge pas, néanmoins, de ce que vous pourriez être amenés à juger au sujet des autres mesures d'exécution du contrat, et notamment des mesures de modification du contrat, qui ont ceci de commun avec les mesures de résiliation qu'elles ne laissent pas le contrat intact.

8. Ces précisions étant faites, vous pourrez examiner la requête présentée par la commune de Béziers devant la cour administrative d'appel de Marseille. Si vous nous avez suivie, vous considérez que cette requête tend à la reprise de l'exécution de la convention du 10 octobre 1986, et vous retiendrez que c'est à tort que le tribunal s'est fondé sur le motif que l'acte contesté devant lui était une mesure de résiliation pour juger cette demande irrecevable.

Le fait d'opposer à tort une irrecevabilité est une irrégularité qui entraîne en principe l'annulation d'un jugement et amène le juge à évoquer l'affaire (Section, 11 mars 1966, *Leriche*, Rec., p. 206). Mais vous pourrez en l'espèce vous abstenir d'annuler le jugement attaqué. Car il existe à notre avis un autre motif d'irrecevabilité de la demande de la commune de Béziers, qui tient à ce que cette demande est tardive.

Encore faut-il, pour vous en convaincre, que nous vous disions quelques mots du délai de recours applicable lorsque le cocontractant de l'administration entend contester la validité d'une mesure de résiliation prise à son encontre.

Nous pensons que ce délai de recours n'est fixé par aucun texte, et en particulier qu'il n'est pas celui prévu par l'article R. 421-1 du CJA, selon lequel : « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

Car le terme de « décisions » au sens de ces dispositions ne vise pas, nous semble-t-il, les actes de nature conventionnelle. Il ne désigne à notre connaissance que des actes unilatéraux. A cet égard, vous avez jugé, dans la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, contrairement d'ailleurs aux conclusions de votre commissaire du gouvernement sur ce point, que l'article R. 421-1 du CJA

n'est pas applicable au recours de plein contentieux qui peut être formé par les tiers contre le contrat. Cet article n'est pas non plus applicable aux recours en annulation formés par les parties contre le contrat.

Or il nous semble qu'une mesure d'exécution d'un contrat, alors même qu'on la présente comme prise dans le cadre d'un pouvoir unilatéral de l'administration, doit être regardée comme un acte de nature conventionnelle. Comme l'indique le Professeur Chapus, pour déterminer si un acte relève de la catégorie des actes unilatéraux ou de celle des actes conventionnels, c'est son contenu qui est déterminant. « *Ou bien, écrit-il, il est tel que l'acte est destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition, c'est-à-dire qui sont des tiers par rapport à lui. Ou bien, il est tel que l'acte est destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs* » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, n°653). Il importe peu, en revanche, que l'acte ait été négocié ou non. Le fait qu'il y ait eu accord de volonté pour l'édicter n'exclut pas qu'il puisse être regardé comme unilatéral. Votre jurisprudence en donne quelques illustrations, comme par exemple celui des conventions portant attribution de subvention moyennant le respect de certaines obligations (5 juillet 2010, *CCI de l'Indre*, n° 308615, à publier au Lebon).

Nous dirions volontiers que, de manière symétrique, il n'est pas exclu, même si cela est sans doute amené à rester rare, qu'un acte édicté par la seule volonté de son auteur puisse être regardé comme de nature contractuelle. Les mesures d'exécution d'un contrat nous semblent relever de cette catégorie. Car même lorsqu'elles sont prises par l'administration dans le cadre de ses pouvoirs unilatéraux, de modification ou de résiliation du contrat, elles s'incorporent à celui-ci. Elles ont ainsi plus pour objet de modifier les stipulations du contrat initialement conclu, ou ses conditions d'application, que de régir la situation du cocontractant de l'administration, qui n'est pas dans la situation d'un tiers vis-à-vis de cette dernière.

Nous sommes donc d'avis que les mesures prises au cours de l'exécution du contrat doivent être assimilées à des actes conventionnels, et qu'ainsi, les recours formés contre les mesures de résiliation ne sont pas soumis aux dispositions de l'article R. 421-1 du CJA. Vous pourriez être tentés d'en déduire que le recours contentieux applicable à la voie de droit dont nous vous parlons n'est en serré dans aucun délai. Mais nous ne vous proposerons pas cette solution. Car d'une part, elle nous semble ouvrir une fausse fenêtre pour le requérant qui, nous vous l'avons dit, n'aura de chance d'obtenir la reprise des relations contractuelles, selon toute vraisemblance, que s'il obtient la suspension de la mesure de résiliation qu'il conteste, et qui devra saisir le juge des référés rapidement afin de démontrer l'urgence de sa situation. D'autre part, nous relevons que dans la décision précitée *Société Tropic Travaux Signalisation*, alors que vous aviez à faire un choix tout à fait comparable, vous avez pris le parti d'affirmer, de manière prétorienne, que le recours ouvert aux concurrents évincés pour contester la validité du contrat devait être formé « *y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées (...)* ».

Nous vous proposons donc, de la même manière, de retenir qu'une mesure de résiliation doit être contestée dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le cocontractant de l'administration en a été informé, y compris si le contrat résilié est relatif à des travaux publics.

Reste le point de savoir si la notification de la mesure de résiliation doit comporter la mention des voies et délais de recours pour faire courir ce délai. Si vous êtes d'accord avec nos précédents développements, vous ne sauriez considérer que cette mention est rendue obligatoire par les dispositions de l'article R. 421-5 du CJA, qui ne vise, comme d'ailleurs l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qu'il reprend et qui est applicable en l'espèce, que les « décisions ».

Vous pourriez néanmoins vous demander si, de manière prétorienne, il y a lieu de poser, pour les mesures de résiliation des contrats administratifs, une règle équivalente à celle contenue à l'article R. 421-5. Pour notre part, nous en doutons. Car d'une part, aucun texte ni aucun principe jurisprudentiel n'impose à l'administration d'édicter par écrit les mesures de résiliation qu'elle est amenée à prendre. Vous n'êtes donc pas dans une hypothèse où la mesure contestée serait nécessairement notifiée à la personne à l'égard de laquelle elle produit ses effets. Et d'autre part, nous ne croyons pas, à supposer qu'une telle notification soit requise, que l'exigence de la mention des voies et délais de recours soit adaptée pour des actes qui ont vocation à régir les relations entre les parties à un contrat. A suivre cette logique, notamment, on pourrait aller jusqu'à dire que tout contrat administratif écrit doit comporter la mention des voies et des délais selon lequel il peut être contesté. Or un tel formalisme serait à notre avis excessif s'agissant d'un acte dont les parties sont réputées être conjointement les auteurs, et des mesures qui s'y incorporent.

Au cas d'espèce, la commune de Béziers a été informée de la mesure de résiliation litigieuse par une lettre du maire de Villeneuve-lès-Béziers, datée du 22 mars 1996, qui lui est parvenue le 25 mars suivant. Elle n'a saisi le tribunal administratif de Montpellier d'une contestation dirigée contre cette mesure que le 2 mars 2000, soit bien après l'expiration du délai de deux mois que nous vous avons proposé de retenir.

Si vous êtes d'accord avec nos précédentes analyses, vous serez donc amenés à juger que la demande de la commune de Béziers était tardive. Vous pourrez alors procéder à une substitution de motifs en appel et rejeter la demande présentée par la commune de Béziers devant le tribunal.

9. Si vous considérez au contraire que la commune de Béziers n'est pas forclosée, vous annulerez le jugement attaqué et vous serez saisis du recours de cette dernière contre la mesure de résiliation prise par la commune de Villeneuve-lès-Béziers avec effet à compter du 1er septembre 1996.

A titre principal, la commune de Béziers soutient que cette mesure est illégale en ce qu'elle ne se fonde sur aucun motif légal. Ce moyen nous paraît fondé car la commune de Villeneuve-lès-Béziers ne donne en défense aucune explication pour justifier le fait qu'elle a cessé les versements de taxe professionnelle prévue par la convention du 10 octobre 1986. La mesure de résiliation critiquée nous paraît donc effectivement viciée.

Pour autant, la reprise des relations contractuelles a perdu tout objet pour l'avenir. Car un arrêté préfectoral du 26 décembre 2001 a procédé à la création, à compter du 31 décembre de la même année, de la communauté d'agglomération de Béziers – Méditerranée.

Conformément aux dispositions du 1° du I de l'article 1609 nouvelles C du CGI, celle-ci est depuis lors substituée aux communes qui en sont membres pour l'application des dispositions relatives à la taxe professionnelle. La commune de Villeneuve-lès-Béziers étant membre de cet établissement, comme d'ailleurs la commune de Béziers, elle ne perçoit donc plus de taxe professionnelle et se trouve aujourd'hui dans l'impossibilité d'exécuter la convention litigieuse. Vous pourrez donc retenir que pour la période courant à compter du 31 décembre 2001, la reprise des relations contractuelles est sans objet, et que par suite, la demande de la commune de Béziers tendant à une telle reprise ne peut qu'être rejetée.

Reste la période comprise entre la date de résiliation de la convention et la date de création de la communauté d'agglomération, soit entre le 1er septembre 1996 et le 31 décembre 2001. Vous pourriez vous demander si, pour cette période passée, il y a lieu de dire que les relations contractuelles sont réputées avoir repris. Nous ne le pensons pas dans la mesure où il n'y a, en l'espèce, pas matière à régulariser la situation d'un cocontractant qui aurait poursuivi l'exécution du contrat en dépit de la résiliation de ce dernier. Dans ces conditions, et la commune de Béziers ne vous saisissant pas, à titre subsidiaire, de conclusions indemnitaires, il nous semble

qu'il revient à la cour administrative d'appel de Marseille, à laquelle vous avez renvoyé, par votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, le soin d'apprécier la responsabilité contractuelle de la commune de Villeneuve-les-Béziers du fait de l'inexécution de la convention du 10 octobre 1986, de décider s'il y a lieu d'accorder à la commune Béziers le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité de la mesure de résiliation contestée.

Dans l'hypothèse où vous annuleriez le jugement attaqué, vous devriez donc à notre avis rejeter la demande de la commune de Béziers devant le tribunal.

Mais par les motifs précédemment indiqués, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de la requête présentée par la commune de Béziers devant la cour administrative d'appel de Marseille, au rejet des conclusions qu'elle présente au titre de l'article L. 761-1 du CJA et à ce qu'elle verse à la commune de Villeneuve-lès-Béziers une somme de 1000 euros au titre de ce même article.

Référence 4 : CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers

Voir le Corpus.

Référence 5 : CE, Sect., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne

Voir le Corpus.