

Fiche n° 2

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS II : LES RECOURS AU FOND

BIBLIOGRAPHIE

DELELIS (S.), « L'indemnisation du préjudice contractuel », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, coll. Mélanges, Volume I, 2006, pp. 223-248.

GOURDOU (J.), « Béziers II » : du 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, 25 juin 2020, Département de la Seine-Saint-Denis
- Référence 2 :** CE, 25 juin 2020, Département de la Seine-Saint-Denis, n°418446
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE 27 mars 2020, M. Le Monnier et autres
- Référence 4 :** CE, 27 mars 2020, M. Le Monnier et autres, n°426291
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique
- Référence 6 :** CE 3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique, n°426932, 426933, 426938
- Référence 7 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 10 juillet 2020, société Comptoir du Négoce Equipements
- Référence 8 :** CE, 10 juillet 2020, société Comptoir du Négoce Equipements, n°430864

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 administratif du contrat depuis Tarn et Garonne

Épreuve pratique : cas pratique

Le 3 avril 2014, la commune A et la société B ont signé une convention d'une durée de trois années sans mesure de publicité ou de mise en concurrence. La commune, propriétaire d'un terrain vague de centaines d'hectares, s'engage à le mettre gratuitement à disposition de la société pour qu'elle puisse déposer des matériaux inertes. En contrepartie, la société B réalise gracieusement un exhaussement général dudit terrain. La commune réalise cette opération pour pouvoir procéder à des plantations d'arbres et constituer un jardin ouvert au public.

Questions :

En mai 2017, la société C, dont l'objet social est de transporter des matériaux inertes, vous engage pour attaquer ce contrat.

1/ En premier lieu, vous examinerez la compétence du juge, l'intérêt à agir de la société et la nature du contrat.

2/ En second lieu, vous évalueriez la possibilité pour la société d'obtenir la résiliation ou l'annulation du contrat et la réparation de son préjudice.

Référence 1 : conclusions du rapporteur public sur CE 25 juin 2020, Département de la Seine-Saint-Denis

1. L'affaire qui vient d'être appelée va vous conduire à préciser pour la première fois comment combiner les obligations pesant sur le juge pour assurer l'effectivité du droit de l'Union en cas de méconnaissance de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne d'un régime d'aides d'Etat avec les principes dégagés par votre décision dite « Béziers I » (CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n°304802, au Recueil p. 509).

Le 8 février 1994, le département de la Seine-Saint-Denis et la société Transports Rapides Automobiles (TRA) ont conclu une convention pour l'exploitation des lignes régulières d'autobus en Seine-Saint-Denis. Cette convention a été complétée le 16 janvier et le 29 mai 2006 par deux avenants portant, pour l'un, sur la mise en place, dans le cadre de la généralisation de la carte sans contact « Navigo », d'équipements télébillettiques sur 147 véhicules ainsi que de logiciels et matériels permettant le traitement des données de trafic en centre d'exploitation (avenant n° 13), et, pour l'autre, notamment, sur l'acquisition de plusieurs véhicules neufs (avenant n° 14).

Une partie de ces investissements était éligible au dispositif d'aides institué par la région Ile-de-France par une délibération du 17 mars 1987, reprise et aménagée par trois délibérations des 20 octobre 1994, 1er octobre 1998 et 1er octobre 2001, en faveur du développement des services de transport en commun de voyageurs exploités par des entreprises privées ou en régie.

Par courriers des 26 mai et 12 juin 2009, la région a toutefois refusé de verser cette aide au département de la Seine-Saint-Denis. Elle lui a opposé les dispositions de son règlement budgétaire et financier qui exigeait que la demande de paiement soit présentée dans le délai de deux ans à compter de la date de délibération d'attribution de la subvention.

Par un courrier du 25 novembre 2010, la société TRA a demandé au département de la Seine-Saint-Denis de lui verser les subventions régionales prévues par les deux avenants de 2006 et qui devaient couvrir les dépenses d'investissement qu'elle avait exposées. Elle a fait jouer la clause prévue à l'article 15.3 de l'avenant n° 14, aux termes duquel : « Si pour un motif non imputable à l'entreprise de transport, une subvention régionale ne pouvait être versée au maître d'ouvrage puis reversée à l'exploitant, les incidences appliquées par anticipation et correspondant à cette subvention, seront alors annulées et feront l'objet d'une régularisation. / L'exploitant établira alors un mémoire avec indication des sommes à la charge du maître d'ouvrage ».

Le 1er février 2011, le département a refusé de donner suite à cette réclamation. Après une tentative de conciliation infructueuse, la société TRA a saisi le tribunal administratif de Montreuil afin d'obtenir la condamnation du département de la Seine-Saint-Denis à lui verser la somme de 825 853,91 euros, assortis des intérêts au taux légal, au titre de la responsabilité contractuelle ou, à titre subsidiaire, du fait des carences fautives du département dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette requête a été rejetée par un jugement du 4 juin 2013. La cour administrative d'appel a inversé la solution par l'arrêt du 21 décembre 2017 qui est contesté devant vous par le département de la Seine-Saint-Denis.

2. Pour prononcer la condamnation du département aux sommes demandées par la société TRA, la cour a tout d'abord relevé qu'il résulte des stipulations de l'article 15.3 de l'avenant n° 14 et de la

commune intention des parties que le département a pris l'engagement, en l'absence de versement de la subvention régionale, de prendre à sa charge les sommes correspondantes, sauf dans le cas où cette absence de versement serait imputable à l'entreprise de transport.

La cour a rappelé ensuite que par une décision du 2 février 2017, la Commission européenne a déclaré que les subventions à l'investissement octroyées par la région Ile-de-France aux collectivités publiques en contrepartie de la signature d'un avenant aux conventions d'exploitation déjà formées entre une entreprise de transport et cette collectivité publique dans le cadre des délibérations successives de 1994, 1998 et 2001 au titre de la période 1994-2008, telles que celles en litige, constituent des aides d'Etat mises à exécution illégalement en violation du paragraphe 3 de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) mais qui ont été déclarées compatibles avec le marché intérieur en application du paragraphe 3 de l'article 107 de ce même traité.

Après avoir cité pour partie le considérant de principe issu de votre décision du 15 avril 2016, Association Vent de colère ! - Fédération nationale (n° 393721, au Recueil p. 138), la cour a relevé, au point 6 de son arrêt, spécifiquement critiqué par le pourvoi, que l'absence de notification préalable des délibérations du conseil régional d'Ile-de-France, qui implique la mise à la charge des bénéficiaires des aides du seul paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité, constitue un vice affectant la légalité de ces délibérations. Faisant application de votre jurisprudence « Béziers I », elle a toutefois jugé qu'en égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter les stipulations des avenants au contrat d'exploitation ayant pour objet les sommes mises à la charge du département de la Seine-Saint-Denis dans le cas où les subventions régionales illégales n'ont pas été versées.

Interprétant largement les termes de l'article 15.3 de l'avenant n° 14, elle a par ailleurs estimé que cette clause s'appliquait non aux seules subventions correspondant aux investissements prévus par cet avenant mais à l'ensemble des subventions régionales devant être contractuellement versées, y compris donc à celles correspondant aux investissements prévus par l'avenant n° 13. Elle a confirmé que le litige portant sur ces sommes devait être tranché sur le terrain contractuel.

Constatant enfin que la société TRA n'était pas à l'origine du retard ayant empêché le versement des subventions litigieuses, la cour en a déduit que le département de la Seine-Saint-Denis était contractuellement tenu de lui verser les sommes dues au titre des deux avenants.

3. A titre liminaire, c'est à nos yeux à juste titre que la cour a réglé le litige sur le terrain de la responsabilité contractuelle. La configuration est singulière mais peut être rapprochée de celle de l'affaire Commune de Vias et Société d'économie mixte de la Ville de Béziers et du littoral où était en cause une convention publique d'aménagement conclue pour la mise en oeuvre d'une délibération décidant l'aménagement d'une zone d'aménagement concertée (CE, 10 juillet 2013, n°362304 362318, aux Tables). Le point n'est d'ailleurs pas discuté en cassation.

4. Le pourvoi reproche à la cour d'avoir commis une double erreur de droit et méconnu son office en jugeant que le vice entachant les délibérations du conseil régional d'Ile-de-France instituant le dispositif d'aides régionales n'était pas d'une gravité telle qu'il faille, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, écarter les stipulations des avenants n° 13 et 14. La

première erreur de droit viendrait de ce qu'elle n'a pas recherché, avant de faire prévaloir le principe de loyauté des relations contractuelles, dans quelle mesure un tel vice affectait la légalité des avenants eux-mêmes.

La seconde consisterait à avoir recherché la gravité du vice affectant les délibérations, alors que les avenants litigieux, qui avaient pour objet d'organiser les modalités de versement d'aides régionales reconnues illégales faute d'avoir été notifiées à la commission européenne, présentaient un caractère illicite.

4.1. Vous avez redéfini les pouvoirs du juge du contrat par votre décision « Béziers I ». Vous avez posé en principe l'exécution du contrat au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Le juge n'est tenu d'écarter le contrat que pour sanctionner les irrégularités les plus graves tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif, notamment, aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement que le juge doit, le cas échéant, relever d'office. Ces deux hypothèses ne doivent pas être confondues. La première irrégularité, à la différence de la seconde, entraîne mécaniquement l'inapplication du contrat, sans qu'il y ait lieu pour le juge d'examiner au préalable son degré de gravité.

La logique qui préside à cette jurisprudence vous a conduit à interpréter strictement cette réserve. Ainsi que vous l'avez précisé par votre décision du 9 novembre 2018, Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie (nos 420654 420663, au Recueil p. 407), le contenu du contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement. S'inscrivant dans les pas de votre décision « Béziers I », Gilles Pellissier a rappelé dans ses conclusions que cette qualification ne couvre pas toute méconnaissance d'une règle de droit à laquelle pourrait conduire l'exécution du contrat.

Elle ne trouve à s'appliquer qu'aux contrats dont l'objet même ou une clause est directement contraire à une norme supérieure. Vous n'avez donc admis que rarement une telle irrégularité. Voyez, en guise d'illustration, la décision du 4 mai 2011, Communauté de communes du Queyras (n° 340089, au Recueil), s'agissant de stipulations d'un contrat méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public, ou la décision déjà mentionnée Commune de Vias, jugeant illicite l'objet d'une convention confiant la réalisation d'une opération d'aménagement urbain d'une zone littorale, inconstructible.

Vous contrôlez également de manière rigoureuse la qualification de la notion de « vice d'une particulière gravité ». Plusieurs de vos décisions ont refusé d'y inclure un manquement aux règles de passation du contrat, sauf circonstances particulières, notion elle-même entendue très strictement (voyez, par exemple, vos décisions du 12 janvier 2011, Manoukian, n° 338551, au Recueil p. 5, et Société des autoroutes du nord et de l'est de la France, n° 332136, aux Tables, alors même qu'était en cause la méconnaissance de prescriptions du droit communautaire ; plus récemment : CE, 28 juin 2019, Société Plastic omnium systèmes urbains, n° 420776, aux Tables, s'agissant d'une irrégularité de procédure ayant influé sur le choix du candidat retenu). Vous avez encore écarté cette qualification en l'absence de transmission au préfet de la délibération autorisant le maire à signer le contrat (décision précitée Commune de Béziers) ou même en l'absence totale d'autorisation préalable de la signature du contrat par le conseil municipal, (CE, 8 octobre 2014, Cne d'Entraigues-sur-la-Sorgue, n° 370588, aux Tables pp. 742-7502).

4.2. Ces principes doivent en l'espèce être combinés avec les obligations d'exécution particulièrement strictes qui pèsent sur le juge national lorsqu'il est saisi d'un litige portant sur des aides d'Etat, telles qu'explicitées par votre décision Association Vent de colère – Fédération nationale.

Vous fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), notamment sur ses arrêts du 5 octobre 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich e.a. (aff. C-368/04), du 12 février 2008, Centre d'exportation du livre français (CELF) (Grande chambre, aff. C-199/06) et du 18 décembre 2008, Wienstrom GmbH, (aff. C-384/07), vous avez rappelé que le droit de l'Union impose au juge national de tirer toutes les conséquences d'une violation du paragraphe 3 de l'article 108 du TFUE. La décision définitive de la Commission européenne sur la conformité de l'aide avec le marché intérieur ne régularisant pas rétroactivement les actes d'exécution de l'aide en méconnaissance de l'obligation de notification préalable, le juge national doit ordonner les mesures propres à remédier effectivement aux effets d'une telle illégalité et à sauvegarder les droits des justiciables jusqu'à la décision finale de la Commission.

Il s'en suit que si le juge national n'est pas tenu, à cette fin, d'ordonner la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de cette obligation lorsque la Commission a adopté une décision finale constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, il est en revanche tenu d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'exécution prématurée.

4.3. Nous croyons, à la lumière de ce rappel, que la cour n'a commis aucune des erreurs de droit qui lui sont reprochées. Certes, elle n'a pas examiné formellement si l'illégalité des délibérations du conseil régional d'Ile-de-France affectait la légalité des avenants eux-mêmes. Nous comprenons toutefois de l'arrêt attaqué, même si le raisonnement n'est pas complètement explicite, que la cour a estimé que le défaut de notification préalable du régime d'aides en litige, mis à exécution de manière prématurée par les avenants litigieux, n'entachait pas d'illégalité l'objet même de ces avenants, dès lors que les aides litigieuses ont finalement été déclarées compatibles avec le marché intérieur.

Elle a clairement jugé que cette illégalité relevait en revanche des vices entachant la passation du contrat. Elle n'a dès lors pas confondu les différentes causes d'irrégularités susceptibles de conduire le juge à écarter le contrat en recherchant si cette illégalité était d'une particulière gravité.

Par ailleurs, une telle illégalité ne nous paraît pas être d'une gravité telle qu'elle faisait obstacle à l'application du contrat. En effet, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le juge n'est tenu d'écarter un contrat conclu pour mettre en œuvre un régime d'aides mis en œuvre prématurément que dans la mesure strictement nécessaire au respect du principe d'effectivité du droit de l'Union. Conformément à la jurisprudence que nous venons de rappeler, les conséquences à en tirer ne sont pas les mêmes selon qu'il y a compatibilité ou incompatibilité de ce régime d'aides.

Dans le premier cas, le contrat a été illégalement appliqué et son exécution ne peut plus se poursuivre, dès lors que son objet même est illicite. Rien de tel dans le second cas, ce qui commande que la sanction soit différente. Le contrat peut être régulièrement appliqué postérieurement à la décision positive de la Commission et son exécution prématurée, quoiqu'illégale, implique seulement le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité si des aides ont été versées sur son fondement. Une solution contraire excéderait ce qu'exige le respect du principe d'effectivité du droit de l'Union.

En résumé, nous vous proposons de juger que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que l'illégalité entachant les délibérations du conseil régional d'Ile-de-France, qui constituent la base juridique des subventions prévues par les avenants litigieux, ne constitue pas un vice d'une particulière gravité au sens de votre jurisprudence « Béziers I » et qu'elle n'imposait donc pas que le juge écarte les stipulations de l'article 15.3 de l'avenant n° 14.

4.4. Nous croyons néanmoins que la cour a commis une erreur de droit, qui n'est pas invoquée en tant que telle par le pourvoi mais relève à notre avis de votre office, exposant son arrêt à une censure partielle. La cour a condamné le département à verser la somme qu'il aurait dû reverser en exécution des avenants n° 13 et 14, assortie des intérêts au taux légal à compter du 29 novembre 2010, date de réception de sa demande par le département, ainsi qu'à la capitalisation de ces intérêts.

Or, nous l'avons dit, les subventions prévues par les avenants litigieux ne pouvaient pas légalement être versées avant que la Commission européenne se prononce sur leur conformité, soit avant le 2 février 2017. Si ces subventions avaient été versées en application de ces avenants, la société TRA aurait été redevable des intérêts pour la période précédant cette décision. Il nous semble en conséquence que lorsque les subventions n'ont pas été versées et ne pouvaient l'être, le département ne saurait être condamné au paiement des intérêts au taux légal au titre de la période d'illégalité.

5. Le dernier moyen vous retiendra moins longtemps. Le département requérant soutient que la cour a dénaturé les pièces du dossier en estimant que les stipulations de l'avenant n° 14 s'étendaient aux dépenses d'investissement réalisées sur le fondement de l'avenant n° 13, alors qu'il ressort clairement de l'intention commune des parties que ces stipulations, notamment son article 15.3, ne concernent que les biens subventionnés au titre de ce seul avenant.

L'hésitation est permise mais nous butons sur les limites de votre contrôle pour suivre le pourvoi. Les termes de cet article, dont nous vous avons donné lecture tout à l'heure, sont suffisamment imprécis et larges pour avoir une portée excédant les seuls investissements mentionnés à l'avenant n° 14. Si le pourvoi se prévaut également des autres articles de cet avenant, ils ne nous paraissent pas davantage plaider de manière décisive pour la thèse qu'il défend.

6. Vous pourrez régler au fond l'affaire dans la mesure de la cassation prononcée, dès lors que ce règlement en découle directement. La société TRA n'est fondée à demander les intérêts au taux légal correspondant à la somme qui lui est due qu'à compter du 2 février 2017, date de la décision de la Commission européenne déclarant les aides régionales compatibles avec le marché intérieur, ainsi qu'à la capitalisation des intérêts à compter du 2 février 2018, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

Le département de la Seine-Saint-Denis étant la partie perdante pour l'essentiel, vous pourrez mettre à sa charge la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions qu'il a présentées à ce même titre ne peuvent en revanche qu'être rejetées.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il condamne le département de la Seine-Saint-Denis à verser à la société TRA les

intérêts au taux légal correspondant à la somme de 825 853,91 euros à compter du 29 novembre 2010 et jusqu'au 2 février 2017, ainsi que la capitalisation de ces intérêts ;

- au rejet de la requête de la société TRA en tant qu'elle tend au versement par le département de la Seine-Saint-Denis des intérêts au taux légal correspondant à la somme de 825 853,91 euros à compter du 29 novembre 2010 et jusqu'au 2 février 2017, ainsi que de la capitalisation de ces intérêts ;

- à ce que le département de la Seine-Saint-Denis verse à la société TRA la somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- au rejet du surplus des conclusions du département de la Seine-Saint-Denis et du surplus des conclusions de la société TRA relatives aux intérêts.

Référence 2 : CE, 25 juin 2020, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 418446

Vu la procédure suivante :

La société Transports Rapides Automobiles a demandé au tribunal administratif de Montreuil de condamner le département de la Seine-Saint-Denis à lui verser la somme de 825 853,91 euros, ainsi que les intérêts au taux légal à compter du 29 novembre 2010 et la capitalisation des intérêts à compter du 29 novembre 2011.

Par un jugement n° 1107600 du 4 juin 2013, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 13VE02661 du 21 décembre 2017, la cour administrative d'appel de Versailles a annulé ce jugement et condamné le département de la Seine-Saint-Denis à verser à la société Transports Rapides Automobiles la somme de 825 853,91 euros, ainsi que les intérêts au taux légal à compter du 29 novembre 2010 et la capitalisation de ces intérêts à compter du 29 novembre 2011.

Par un pourvoi, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 21 février et 22 mai 2018 et 26 novembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département de la Seine-Saint-Denis demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel de la société Transports Rapides Automobiles ;

3°) de mettre à la charge de la société Transports Rapides Automobiles la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du conseil régional du 20 octobre 1994, modifiée par deux délibérations des 1er octobre 1998 et 1er octobre 2001, la région Ile-de-France a mis en place un dispositif d'aide pour l'amélioration des services de transports en commun routiers exploités par des entreprises privées ou en régie. En application de ce dispositif, la région Ile-de-France peut accorder une aide financière aux collectivités publiques ayant conclu avec une entreprise privée un contrat d'exploitation de lignes régulières d'autobus ou d'autocars ou les exploitant en régie lorsqu'elles

décident de réaliser certains investissements contribuant à l'amélioration du service public de transports réguliers de voyageurs en Ile-de-France. Si l'investissement subventionné est financé par l'entreprise exploitante, le dispositif prévoit que l'aide, initialement versée à la collectivité publique maître d'ouvrage, lui est obligatoirement reversée par cette dernière.

2. Dans le cadre de ce dispositif, la société Transports Rapides Automobiles a conclu, le 8 février 1994, avec le département de la Seine-Saint-Denis un contrat d'exploitation de lignes régulières d'autobus ou d'autocars. Par avenant n° 13 à ce contrat signé le 16 janvier 2006, il a été décidé la mise en place d'équipements télébilletiques sur 147 véhicules en vue de la généralisation de la carte sans contact " Navigo ". Par avenant n° 14 à ce même contrat, signé le 29 mai 2006, il a été décidé, notamment, l'acquisition de plusieurs véhicules neufs. L'article 15.3 de cet avenant prévoit que, dans le cas où une subvention régionale n'est pas été versée à l'exploitant, les sommes correspondantes sont mises à la charge du département de la Seine-Saint-Denis. N'ayant pas reçu le financement de la région Ile-de-France correspondant à des dépenses d'investissement exposées par la société Transports Rapides Automobiles pour l'acquisition de véhicules et de matériels embarqués, le département de la Seine-Saint-Denis a, par courrier du 1er février 2011, refusé de verser à la société Transports Rapides Automobiles les sommes correspondant aux subventions prévues par les avenants n° 13 et 14. Par un jugement du 4 juin 2013, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté la demande de cette société tendant à la condamnation du département de la Seine-Saint-Denis à lui verser la somme de 825 853,91 euros, assortis des intérêts au taux légal, au titre de la responsabilité contractuelle engagée sur le fondement de l'article 15.3 de l'avenant n° 14 ou, à titre subsidiaire, du fait des carences fautives du département dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Le département de la Seine-Saint-Denis se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 21 décembre 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a annulé ce jugement et condamné le département de la Seine-Saint-Denis à verser à la société Transports Rapides Automobiles la somme de 825 853,91 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 29 novembre 2010 et capitalisation annuelle de ces intérêts à compter du 29 novembre 2011.

En ce qui concerne le champ d'application de l'article 15.3 de l'avenant n° 14 du 29 mai 2006 :

3. Aux termes de l'article 15.3 de l'avenant n° 14 du 29 mai 2006 : " Si pour un motif non imputable à l'entreprise de transport, une subvention régionale ne pouvait être versée au maître d'ouvrage puis reversée à l'exploitant, les incidences appliquées par anticipation et correspondant à cette subvention, seront alors annulées et feront l'objet d'une régularisation. / L'exploitant établira alors un mémoire avec indication des sommes à la charge du maître d'ouvrage ". C'est sans dénaturer des stipulations de cet article et de la commune intention des parties que la cour administrative d'appel de Versailles a jugé que ces stipulations s'appliquent à l'ensemble des subventions régionales non versées au maître d'ouvrage pour des motifs non imputables à l'entreprise de transport et non aux seules subventions versées pour les investissements prévus par l'avenant n° 14 du 29 mai 2006.

En ce qui concerne l'application des avenants n° 13 et 14 :

4. D'une part, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du

contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

5. D'autre part, aux termes du paragraphe 1 de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : " Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ". Aux termes de l'article 108 du traité : " 1. La Commission procède avec les Etats membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces Etats (...) / 2. Si (...) la Commission constate qu'une aide accordée par un Etat ou au moyen de ressources d'Etat n'est pas compatible avec le marché intérieur (...), elle décide que l'Etat intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine (...). / 3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, (...) elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale ".

6. Il résulte des stipulations énoncées au point 5, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans ses arrêts du 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich e.a.*, C-368/04, et de grande chambre du 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, C-199/06, que, s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles qui sont mentionnées à l'article 107 du traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché intérieur, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'Etat à la Commission prévue à l'article 108, paragraphe 3. Il revient à ces juridictions de sanctionner, le cas échéant, l'illégalité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation que ces stipulations imposent aux Etats membres d'en notifier le projet à la Commission préalablement à toute mise à exécution. Lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant l'incompatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité implique la récupération de l'aide mise à exécution en méconnaissance de cette obligation. Lorsque la Commission européenne a adopté une décision devenue définitive constatant la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur, la sanction de cette illégalité n'implique pas la récupération de l'aide mise à exécution mais les juridictions nationales sont tenues de veiller à ce que soit mis à la charge des bénéficiaires de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité.

7. Il ressort des pièces du dossier que, par une décision du 2 février 2017 devenue définitive, la Commission européenne a déclaré que les subventions à l'investissement qui ont été accordées par la région Ile-de-France aux collectivités publiques, telles que le département de la Seine-Saint-Denis, en contrepartie de la signature d'un avenant aux conventions d'exploitation déjà formées entre une entreprise de transport et cette collectivité publique dans le cadre des délibérations successives de 1994, 1998 et 2001 au titre de la période 1994-2008, constituent des

aides d'Etat mises à exécution illégalement, en violation de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cependant, au regard de leur conformité à l'article 107, paragraphe 3, de ce traité, la Commission européenne a déclaré ces aides compatibles avec le marché intérieur. Par suite, l'absence de notification à la Commission européenne des délibérations du Conseil régional d'Ile-de-France des 20 octobre 1994, 1er octobre 1998 et 1er octobre 2001, si elle constitue un vice affectant leur légalité et implique de mettre à la charge des bénéficiaires des aides des intérêts au titre de la période d'illégalité, n'impose pas la récupération de l'aide si elle a été versée et ne fait pas obstacle à son versement si elle ne l'a pas été.

8. Eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles et compte-tenu des conséquences découlant de l'illégalité entachant les délibérations du conseil régional d'Ile-de-France qui viennent d'être énoncées, la cour administrative d'appel de Versailles, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que cette illégalité ne présentait pas le caractère d'un vice d'une gravité telle qu'il doive conduire à écarter les stipulations de l'avenant n° 14 au contrat d'exploitation qui ont pour objet, dans le cas où les subventions régionales n'ont pas été versées à l'exploitant, de mettre les sommes correspondantes à la charge du département de la Seine-Saint-Denis, et en décidant en conséquence que le litige portant sur ces sommes devait être tranché sur le terrain contractuel, sous réserve toutefois des intérêts au titre de la période qui précède le 2 février 2017, date de la décision de la Commission européenne déclarant les aides compatibles avec le marché intérieur dont, compte tenu de ce qui a été dit précédemment, la société ne saurait revendiquer le paiement sur le terrain contractuel.

9. Il résulte de ce qui précède que le département de la Seine-Saint-Denis n'est fondé à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative de Versailles qu'il attaque qu'en tant qu'il le condamne à verser à la société Transports Rapides Automobiles les intérêts au taux légal correspondant à la somme de 825 853,91 euros à compter du 29 novembre 2010 et jusqu'au 2 février 2017, ainsi que la capitalisation des intérêts ainsi dus à chaque échéance annuelle à compter à compter du 29 novembre 2011 et jusqu'au 2 février 2017.

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

11. Il résulte de ce qui a été dit aux points 6 à 8 ci-dessus que la société Transports Rapides Automobiles n'a droit aux intérêts au taux légal correspondant à la somme de 825 853,91 euros que seulement à compter du 2 février 2017, date de la décision de la Commission européenne déclarant les aides régionales compatibles avec le marché intérieur, ainsi qu'à la capitalisation des intérêts ainsi dus à compter du 2 février 2018, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêt ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Transports Rapides Automobiles, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante pour l'essentiel. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département de la Seine-Saint-Denis une somme de 3 000 euros à verser à la société Transports Rapides Automobiles au titre des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 21 décembre 2017 de la cour administrative d'appel de Versailles est annulé en tant qu'il condamne le département de la Seine-Saint-Denis à verser à la société Transports Rapides Automobiles les intérêts au taux légal correspondant à la somme de 825 853,91 euros à compter du 29 novembre 2010 et jusqu'au 2 février 2017, ainsi que la capitalisation de ces intérêts.

Article 2 : La somme de 825 853,91 euros que le département de la Seine-Saint-Denis a été condamné à verser à la société Transports Rapides Automobiles portera intérêts à compter du 2 février 2017. Les intérêts échus le 2 février 2018 puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 27 mars 2020 M. Le Monnier et autres

Le pourvoi qui vient d'être appelé va vous permettre de vous prononcer sur les contours de l'intérêt à agir des contribuables locaux auteurs d'un recours «Tarn-et-Garonne ».

1. Par une délibération du 15 avril 2011, le conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy, devenue la métropole du Grand Nancy, a autorisé son président à signer avec les sociétés ERDF, devenue Enedis, et EDF, un contrat de concession du service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés. Il s'agissait du renouvellement, pour une durée de 30 ans, de ce contrat de concession.

Il a été signé le 18 avril 2011, mais par un premier arrêt du 12 mai 2014, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé la délibération ainsi que la décision de signer la convention, en tant que figuraient à son cahier des charges les articles 2 et 19 relatifs à la propriété des compteurs et l'article 31 relatif à la réévaluation de l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation anticipée. La communauté urbaine a alors signé, le 25 février 2015, avec les sociétés EDF et ERDF un avenant n° 1, modifiant ces trois articles.

Estimant que les modifications apportées par cet avenant étaient insuffisantes, M. Le Monnier et d'autres particuliers, qui étaient déjà à l'origine du premier litige, ont d'abord formé un recours gracieux, puis demandé au tribunal administratif de Nancy d'annuler cet avenant, cette fois dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ».

Le tribunal administratif de Nancy, puis la cour administrative d'appel de Nancy ont rejeté leur demande comme irrecevable. La cour a considéré que les requérants ne justifiaient pas d'un intérêt à agir suffisant.

2. Au préalable, vous pourrez écarter les conclusions à fins de non-lieu présentées par la métropole du Grand Nancy. Le contrat de concession litigieux a été résilié au 31 décembre 2019, par une délibération du 20 décembre 2019.

Nous pensons que cela ne prive pas d'objet le pourvoi. Par votre décision société anonyme gardéenne d'économie mixte (15 mars 2019, n° 413584, au Recueil), vous avez notamment jugé que la circonstance qu'une concession soit arrivée à son terme n'était pas, par elle-même, de nature à priver d'objet la demande d'annulation par les tiers. En l'espèce, il ne s'agit pas de la circonstance que la concession soit arrivée à son terme mais que le contrat ait été résilié.

Mais malgré cette différence, nous pensons, de la même façon, que ce raisonnement peut être transposé et que la circonstance tenant à la résiliation ne prive pas d'objet la demande car elle tend à l'annulation de l'avenant du 25 février 2015, qui a été en vigueur depuis cette date. Précisons que les requérants vous demandent, dans un mémoire récent, de regarder leurs conclusions comme tendant également, le cas échéant après cassation, à l'annulation de la nouvelle convention et du nouveau cahier des charges.

3. Les quatre moyens soulevés critiquent tous, sous des angles différents, le refus de la cour de reconnaître l'intérêt à agir des requérants. Il nous paraît intéressant d'évoquer trois d'entre eux, compte tenu de leur lien dans le raisonnement suivi par la cour, même si nous vous proposerons, in fine, un terrain unique d'annulation sur ce qui nous paraît constituer le coeur du sujet, lié à la qualité de contribuable local.

4. En premier lieu, la cour était saisie de deux types de conclusions : d'une part, des conclusions de plein contentieux tendant à l'annulation du contrat, d'autre part et à titre subsidiaire, avec la qualité d'usagers du service public, des conclusions d'excès de pouvoir tendant à l'annulation des clauses réglementaires du contrat (article 1er de l'avenant, considéré comme une clause réglementaire).

Les requérants soutiennent que la cour a omis de statuer sur leurs conclusions d'excès de pouvoir, présentées à titre subsidiaire, à l'encontre de l'article 1er de l'avenant. D'abord et malgré un débat nourri sur ce point devant vous que nous ne détaillerons pas, de telles conclusions étaient bien présentes en appel.

Ensuite, vous pourriez estimer que la cour a implicitement répondu de façon globale en estimant que « les usagers du service public de distribution d'électricité n'ont, en cette seule qualité, intérêt à contester un avenant conclu par la personne publique responsable du service public que si celui-ci emporte des effets sur l'organisation ou le fonctionnement de ce service public », puis, lorsqu'elle a évoqué la qualité d'usagers du service public, en indiquant qu'ils ne pouvaient « se prévaloir d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par l'avenant en litige ».

La cour a-t-elle ainsi entendu se prononcer de façon globale sur l'appréciation de l'intérêt à agir pour l'ensemble des conclusions qui lui étaient soumises ? Ce n'est pas évident et, en tout état de cause, révèle une difficulté car il n'y a pas équivalence parfaite de cette appréciation dans les deux cas.

En plein contentieux, dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », il faut - nous y reviendrons - que le requérant soit lésé dans ses intérêts de façon « suffisamment directe et certaine ». En excès de pouvoir, un requérant peut se prévaloir de sa qualité d'usager du service public dès lors que sont en cause les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public. Mais il faut quand même aussi que l'intérêt soit affecté de manière suffisamment directe et certaine, même si l'appréciation est plus libérale.

Le doute nous semble donc permis sur la portée que la cour a entendu donner à son arrêt sur ce point. Mais la seconde raison qui, elle, nous paraît déterminante est qu'à l'issue de son raisonnement (au point 7 de l'arrêt), elle n'évoque expressément et exclusivement que les demandes tendant à l'annulation de l'avenant n° 1 « dans le cadre d'un recours de pleine juridiction ».

Elle a donc omis de statuer sur l'appréciation de l'intérêt à agir en excès de pouvoir, soit dans le cas autorisant une acception potentiellement plus souple ou plus large. Nous pensons donc que, quoi que nous dirons sur la suite du pourvoi, l'arrêt doit au moins être annulé en tant qu'il n'a pas répondu à une partie des conclusions.

5. Le deuxième moyen, sur lequel nous nous arrêtons un instant, porte sur l'appréciation de l'intérêt à agir en tant que les requérants étaient partie à l'instance contentieuse précédente ayant donné lieu à une décision juridictionnelle.

Les requérants soutiennent que l'avenant litigieux est intervenu afin de tirer les conséquences du premier arrêt de la cour et estiment qu'ils avaient, de ce fait, un intérêt à agir en tant que partie à l'instance précédente. La cour a écarté ce raisonnement en retenant que « la qualité de partie à une instance contentieuse ayant donné lieu à une décision juridictionnelle, à la suite de laquelle sont intervenues, indépendamment de son exécution, de nouvelles décisions administratives, ne confère pas en elle-même un intérêt pour agir à l'encontre de ces nouvelles décisions ».

Elle s'est ainsi fondée sur votre jurisprudence Société Lyonnaise des eaux (11 mai 2011, n° 331153), dans laquelle vous avez établi une distinction entre les décisions prises « en conséquence » d'une décision juridictionnelle et les décisions prises « en exécution » d'une telle décision. Dans ses conclusions, le président Boulouis rappelait votre jurisprudence relative au droit des parties et des personnes directement concernées de saisir le juge d'une demande d'exécution d'une décision d'annulation pour excès de pouvoir, mais, soulignait-il, « cela n'emporte pas une sorte de droit de suite ».

Or, en l'espèce, le premier arrêt, intervenu en 2014, s'est borné à annuler certaines clauses mais il n'enjoignait nullement aux cocontractants de prendre certaines mesures. Et rien n'obligeait les cocontractants à reprendre un avenant au contrat, dont les clauses annulées étaient divisibles du reste de la convention. L'avenant doit donc, selon nous, bien être regardé comme étant intervenu « en conséquence » et non « en exécution » du premier arrêt.

On pourrait nous opposer que cette approche est trop formaliste au regard du contexte du dossier. Même si l'arrêt ne le commandait pas, l'avenant est, il est vrai, intervenu comme une conséquence très directe et sans doute assez inévitable de l'arrêt. La configuration est certes légèrement différente de celle de votre décision Société Lyonnaise des eaux, qui portait sur une délibération autorisant une transaction à la suite de l'annulation d'une délibération décidant la passation d'un contrat. Mais dans les deux cas, il ne s'agit pas d'une mesure d'exécution et nous pensons délicat - et à vrai dire peu souhaitable - de nuancer votre jurisprudence Lyonnaise des eaux en introduisant une approche subjective tenant au caractère plus ou moins inéluctable de la décision prise après l'annulation.

Une autre raison doit, en tout état de cause, vous conduire à ne pas retenir ici l'intérêt à agir en tant que partie à une instance antérieure : les deux recours ne sont pas intervenus dans la même configuration contentieuse. Le premier était un recours en excès de pouvoir contre un acte unilatéral, le second était, à titre principal, un recours de plein contentieux contre le contrat. L'appréciation de l'intérêt à agir n'était ainsi pas la même. La

cour a donc, sans erreur de droit, dénié qualité à agir aux requérants en tant que partie à l'instance antérieure.

6. Nous en venons au moyen qui fait, nous semble-t-il, l'intérêt principal de cette affaire. La cour a écarté l'intérêt à agir des requérants en leur qualité de contribuable local. En cette qualité, ils contestaient deux points :

- d'abord, la validité des clauses relatives à la délimitation du périmètre des ouvrages concédés, en soulignant qu'il n'incluait pas, dans les biens de retour, des équipements nécessaires au fonctionnement du service public, pouvant contraindre ainsi la métropole à procéder à leur rachat à l'issue de la concession ;
- Ils mettaient également en cause les clauses relatives à l'indemnité due en cas de rupture anticipée du contrat, en estimant que son application pouvait excéder le montant du préjudice réellement subi par le concessionnaire et constituer ainsi une libéralité prohibée. C'est la première fois que vous aurez à faire application de la jurisprudence Tarn-et-Garonne à des contribuables locaux.

Dans le cadre du recours en excès de pouvoir, la qualité de contribuable local donne intérêt à agir à l'encontre des décisions des collectivités territoriales qui sont susceptibles d'avoir des répercussions négatives sur leurs finances ou leur patrimoine (29 mars 1901, Casanova, p. 333). Tel n'est pas le cas s'agissant de décisions qui n'ont aucune répercussion financière (25 avril 1994, Mme Aguila, n° 89602, aux Tables, s'agissant d'un avenant à un marché passé pour les besoins de chauffage des lycées d'une région, sans conséquence financière sur le budget régional et, par suite, sur le montant des impôts) ou dont les répercussions sont trop incertaines (8 mars 1933, Bourguignon, p. 277) ou encore, ce qui est fort logique, lorsque la décision a pour conséquences des recettes supplémentaires ou des économies (Section, 25 mars 1955, Hivet et autres, n° 10599, 10601, p. 179).

Plus récemment, vous avez jugé qu'un contribuable communal n'était recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir d'une délibération - en l'espèce autorisant la signature d'un BEA pour un terrain de camping - que si les conséquences directes de cette délibération sur les finances communales étaient d'une importance suffisante pour lui conférer un intérêt pour agir (1er juin 2016, Commune de Rivedoux-Plage, n° 391570, inédit). Par ailleurs, vous avez admis, en matière contractuelle, qu'un contribuable local conteste un acte détachable (pour un marché de fournitures : 19 novembre 1926, Decuty, p. 992).

Comment apprécier l'intérêt à agir du contribuable local dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne ?

Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta soulignait que l'abandon de la jurisprudence Martin (4 août 1905, n° 14220, p. 749) supposait de trouver un équilibre entre d'une part, l'extension du recours en contestation de la validité du contrat et de ses effets et, d'autre part, l'appréciation de l'intérêt à agir, dans un sens moins libéral. Il soulignait, en conséquence, qu'il était « légitime qu'un tiers se prévalant de [la] qualité [de contribuable] puisse contester un contrat dont l'exécution est susceptible de peser de façon significative sur les finances locales », en excluant, en revanche et fort logiquement, que « tout euro dépensé dans un cadre contractuel lui ouvre un intérêt à agir ».

Nous pensons donc que la lésion des intérêts « de façon suffisamment directe et certaine » -termes retenus par cette décision – suppose, lorsque le tiers se prévaut de la qualité de contribuable local, que l'impact sur les finances locales ne soit ni

purement hypothétique, ni insignifiant. Autrement dit, il doit, nous semble-t-il, pour être reconnu, réunir deux conditions : une condition de probabilité et une condition de taille, aucune ne devant aboutir à un résultat nul.

En l'espèce, la cour a retenu, d'une part, qu'« eu égard au caractère aléatoire que revêt le déploiement d'autres dispositifs [que les compteurs Linky], il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle clause [excluant de tels dispositifs des ouvrages concédés] affectera de façon significative les finances ou le patrimoine de la métropole du Grand Nancy ».

Elle a ajouté, d'autre part, que « de même, eu égard au caractère incertain d'une rupture anticipée du contrat, compte tenu des dispositions de l'article L. 111-52 du code de l'énergie et de la durée de la convention, l'éventualité que l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article 31 B du cahier des charges puisse excéder le montant réel du préjudice réellement subi par le concessionnaire à l'issue du contrat, est trop hypothétique pour suffire à établir que les finances ou le patrimoine de la CUGN s'en trouveraient affectés de façon significative ».

Cette appréciation nous semble trop restrictive pour les raisons suivantes. D'abord, estimer qu'une clause excluant certains dispositifs du champ des ouvrages concédés ne pouvait être regardée comme affectant de façon significative les finances ou le patrimoine de la métropole au motif du « caractère aléatoire » du déploiement de tels dispositifs pose une difficulté. La condition de probabilité et de taille quant à l'impact sur les finances locales, que nous évoquions, pour reconnaître un intérêt à agir des contribuables locaux, ne peut aller de pair avec une exigence de caractère certain de mise en oeuvre d'une clause.

Ensuite, retenir que le caractère incertain de la rupture anticipée du contrat empêcherait de caractériser un risque sur le montant de l'indemnité de fin de contrat ne nous paraît pas non pouvoir être retenu. Cela ne l'est certainement pas de façon générale, eu égard à la nature et à la vie des contrats : les clauses relatives à la résiliation anticipée sont, par essence, conditionnelles. Et la prise en compte du caractère éloigné dans le temps de la mise en oeuvre 4 qui déterminent les gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité éventuelle de certaines clauses pour dénier l'intérêt à agir ne nous paraît ni fondée, ni d'ailleurs opportune.

En déniant cet intérêt à agir sur des critères tenant au caractère aléatoire d'une clause relative au périmètre des biens concédés d'une part, et à l'incertitude d'une clause relative à la rupture anticipée, d'autre part, la cour a commis une erreur de droit.

Et il s'ensuit assez directement, en l'espèce, une erreur de qualification juridique. C'est bien ce contrôle que vous exercez en cassation s'agissant de l'appréciation de l'intérêt à agir d'un requérant (9 décembre 1996, Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais - Assaupamar, n° 155477, au Recueil ; 30 juillet 1997, Société nouvelle Etude Berry et Attali, n° 157313, aux Tables).

Le risque financier invoqué ne nous semble pas pouvoir être regardé, en l'espèce, comme purement hypothétique, ou insignifiant en montant s'il se réalise. Si certains équipements n'ont pas le caractère de biens de retour, l'autorité concédante devra les racheter à l'issue de la concession, avec un effet sur les finances locales. Or, sur un contrat d'une durée si longue, il est fort probable que les évolutions technologiques et scientifiques

conduiront à de nos nouveaux dispositifs, du moins cela n'est pas une hypothèse purement théorique ou dénuée de sens, sauf à considérer que cette clause était dépourvue de toute portée.

S'agissant de la rupture anticipée, reconnaissons que la cour ne s'est pas totalement arrêtée à une affirmation de principe sur son caractère incertain. Elle a fondé son analyse sur la spécificité des dispositions du code de l'énergie couplée à la durée de la convention pour ce type particulier de concessions.

Il y a là une spécificité indéniable. Pour autant, cette circonstance ne nous paraît pas de nature à redresser son raisonnement : les évolutions des dernières décennies dans le champ de l'énergie montrent que ce domaine est loin d'être immuable et que des ruptures anticipées liées à l'évolution du droit national ou communautaire, par exemple, ne relèvent pas du phantasme.

En termes de montant, le préjudice ne saurait être considéré comme insignifiant ou même non significatif. S'agissant du rachat éventuel d'ouvrages non inclus dans les biens de retour, auquel la métropole devrait procéder afin d'assurer le fonctionnement du service public, les requérants évaluent le préjudice à 2,4 millions d'euros. Même si leur interprétation est peut-être discutable et devrait être rapportée en valeur relative, à la population et au budget de la collectivité, le montant en jeu ne peut être considéré comme dérisoire. Les requérants l'ont précisément évalué sur la base d'un préjudice estimé à 15 euros par usager, soit pour près de 160 000 usagers, une somme totale de 2,4 Me. Quant à l'indemnité en cas de résiliation anticipée, les requérants la chiffrent à une somme de 71,4 Me.

Si, là aussi, le montant peut sans doute être discuté, une telle indemnité représente nécessairement un montant substantiel. Surtout, nous pensons que le chiffrage précis n'est pas déterminant pour ce qui nous intéresse ici : le juge doit non pas, à ce stade, retenir un montant exact, car il n'existe pas un seuil minimal dont découlerait l'intérêt à agir du contribuable local, mais il doit apprécier si la mise en oeuvre, le cas échéant, d'une clause contestée est susceptible d'avoir un effet - qui ne soit pas dérisoire - sur les finances locales. Et en l'espèce, nous n'avons de ce point de vue guère de doute : autant les effets financiers précis sont indéniablement sujets à discussion, autant l'existence même d'un tel effet s'agissant de clauses tenant à la propriété des biens et à l'indemnité de rupture nous paraît assuré.

Enfin, s'il est soutenu qu'aucune charge pour le contribuable local ne pourrait résulter du fait du paiement de l'indemnité de fin de contrat ou du rachat des biens en question, eu égard à l'obligation d'équilibre de la gestion des SPIC, posée par le CGCT (article L. 2224-1 et 2), cet argument ne nous paraît pas de nature à vous arrêter puisque les requérants dénoncent précisément le fait que le contrat prévoit une indemnité constitutive d'une libéralité.

Au total, nous pensons donc que la cour a non seulement commis une erreur de droit, mais aussi inexactement qualifié les faits en déniaient l'intérêt à agir des requérants en tant que contribuables locaux.

Ajoutons enfin un argument, à titre confortatif : le code de l'énergie prévoit que les sociétés Enedis et EDF disposent d'un monopole légal, écartant, en conséquence, la notion même de concurrents évincés et, partant, la possibilité d'un recours par de tels requérants. Si la voie du recours par les tiers était entendue de façon restrictive, comme l'a fait la cour, ces contrats seraient quasiment non contestables devant le juge.

Précisons enfin que vous pourriez, en revanche, écarter un moyen relatif à la nature des équipements nécessaires au fonctionnement des compteurs Linky, point sur lequel la cour a apprécié souverainement les faits et suffisamment motivé son arrêt.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nancy
- à ce que la métropole du Grand Nancy, la société Enedis et la société EDF versent chacune une somme de 1 000 euros aux quatre requérants, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au même titre par la métropole du Grand Nancy, la société Enedis et la société EDF.

Référence 4 : CE, 27 mars 2020, M. Le Monnier et autres, n°426291

Vu la procédure suivante :

MM. A... I... H..., B... F..., D... K..., J... E... et G... C... ont demandé au tribunal administratif de Nancy d'annuler ou de résilier l'avenant n° 1 au contrat de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés de vente que la communauté urbaine du Grand Nancy (CUGN) a signé le 18 avril 2011 avec les sociétés EDF et ERDF, subsidiairement, d'annuler l'article 1er de cet avenant et la délibération n° 27 du conseil communautaire du 14 novembre 2014 et d'enjoindre à la communauté urbaine du Grand Nancy de résilier l'avenant litigieux ou de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité, et, enfin, d'annuler les décisions du 16 mars 2015 ayant rejeté leurs recours gracieux. Par un jugement n° 1501422 du 2 mai 2017, ce tribunal a rejeté leurs demandes.

Par un arrêt n° 17NC01597 du 16 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel formé par M. I... H... et autres contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et trois nouveaux mémoires, enregistrés les 17 décembre 2018, 18 mars et 29 octobre 2019 et 12 février, 4 et 9 mars 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. I... H... et autres demandent au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à leur appel ;
- 3°) de mettre à la charge de la métropole du Grand Nancy, de la société EDF et de la société Enedis la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de l'énergie ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebahg, avocat de M. I... H... et autres, à la SCP Bouilloche, avocat de la métropole du Grand Nancy, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société EDF, et à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Enedis ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du 15 avril 2011, le conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy, devenue depuis la métropole du Grand Nancy, a autorisé son président à signer avec les sociétés ERDF, devenue Enedis, et EDF, un contrat de concession du service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés. Par un arrêt devenu définitif du 12 mai 2014, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé cette délibération ainsi que la décision du président de la communauté urbaine de signer cette convention en tant que figuraient à son cahier des charges les articles 2 et 19 relatifs à la propriété des compteurs électriques, et l'article 31 concernant l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation anticipée, qui comportaient des clauses illégales. Tirant les conséquences de cet arrêt, la communauté urbaine du Grand Nancy a, le 25 février 2015, signé avec les sociétés EDF et ERDF un avenant modifiant les clauses des articles 2, 19 et 31 du contrat. Se prévalant de leur qualité d'usagers du service public et de contribuables locaux, M. I... H... et autres ont demandé l'annulation de cet avenant devant le tribunal administratif de Nancy qui a rejeté leur demande par un jugement en date du 2 mai 2017. Ils se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 16 octobre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel qu'ils ont formé contre ce jugement.

Sur les conclusions à fins de non-lieu présentées par la métropole du Grand Nancy :

2. La métropole du Grand Nancy fait valoir que par une délibération du conseil métropolitain du 20 décembre 2019, le contrat de concession litigieux a été résilié à compter du 31 décembre 2019 et que le recours des demandeurs est par voie de conséquence privé d'objet. Toutefois, la circonstance que le contrat de concession ait été résilié n'est pas de nature à priver d'objet le présent pourvoi, qui tend à l'annulation de l'avenant adopté le 25 février 2015 et qui a été en vigueur à compter de cette date. Ses conclusions à fins de non-lieu doivent par suite être rejetées.

Sur le pourvoi :

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

4. Saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus de conclusions contestant la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat de vérifier que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine. Lorsque l'auteur du recours se prévaut de sa qualité de contribuable local, il lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont

susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité.

5. Il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que M. I... H... et autres se prévalaient notamment de leur qualité de contribuables locaux pour contester, d'une part, la validité des clauses de l'avenant relatives à la délimitation du périmètre des ouvrages concédés, dont ils estimaient qu'elles n'incluaient pas dans les biens de retour qui, en principe, reviennent gratuitement à l'autorité concédante à l'expiration de la concession, les dispositifs de suivi intelligent, de contrôle, de coordination et de stockage des flux électriques mentionnés à l'article 2 du cahier des charges modifié, alors, selon eux, que ces équipements étaient nécessaires à l'exploitation des compteurs Linky et, partant, au fonctionnement du service public. Ils contestaient, d'autre part, la validité des clauses relatives à l'indemnité susceptible d'être versée au concessionnaire en cas de rupture anticipée du contrat, dont ils estimaient que l'application pouvait excéder le montant du préjudice réellement subi par ce dernier et constituer de ce fait une libéralité prohibée.

6. Pour écarter l'intérêt à agir des requérants en tant que contribuables locaux, la cour s'est en premier lieu fondée sur le caractère aléatoire du déploiement des dispositifs exclus de la liste des ouvrages concédés par l'article 2 du cahier des charges et sur le caractère incertain de la mise en oeuvre de la clause relative à la rupture anticipée du contrat. Elle a ce faisant commis une erreur de droit, le caractère éventuel ou incertain de la mise en oeuvre de clauses étant par lui-même dépourvu d'incidence sur l'appréciation de leur répercussion possible sur les finances ou le patrimoine de l'autorité concédante. En second lieu, en se fondant sur la spécificité des dispositions du code de l'énergie, dont l'article L. 111-52 fixe des zones de desserte exclusives pour les gestionnaires de réseaux publics et attribue de ce fait un monopole légal à la société Enedis, et sur la durée de la convention litigieuse, qui a été conclue pour trente ans, pour estimer que la mise en oeuvre de l'indemnité pour rupture anticipée du contrat était trop hypothétique pour suffire à établir que les finances ou le patrimoine de la métropole s'en trouveraient affectés de façon significative, alors qu'au vu des évolutions scientifiques, techniques, économiques et juridiques propres au secteur de l'énergie, des modifications d'une telle concession sont probables au cours de la période couverte par le contrat et pourraient notamment nécessiter la mise en oeuvre des clauses critiquées, la cour a commis une autre erreur de droit. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé.

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 16 octobre 2018 de la cour administrative d'appel de Nancy est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Nancy.

Référence 5 : Conclusions sur CE, 3 juin 2020, Département de Loire-Atlantique

Les trois affaires qui viennent d'être appelées posent des questions identiques relatives aux conditions de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat et d'utilisation de cette formule contractuelle dérogatoire que constitue le marché de conception-réalisation.

Le département de la Loire-Atlantique a lancé en 2013 trois appels d'offres en vue de la passation d'autant de marchés de

conception-réalisation pour la construction de trois collèges. Comme nous le verrons plus précisément, le choix du recours à ce dispositif contractuel était justifié par les caractéristiques des ouvrages qui devaient être extensibles, démontables et transférables en totalité ou en partie ainsi que par une «démarche de haute qualité environnementale» se traduisant par un objectif de performance supérieur de 10% à la réglementation thermique (RT) 2012. Deux marchés ont été signés le 21 août 2014, après rejet de référés précontractuels formés par des candidats évincés. La signature du troisième n'a eu lieu qu'en mars 2015, le candidat évincé ayant dans un premier temps obtenu gain de cause, avant que vous annuliez l'ordonnance et rejetiez son référé (CE, 3 décembre 2014, *Département de la Loire-Atlantique*, n°384180, aux T). Ce ne sont pas ces candidats évincés mais le conseil régional de l'Ordre des architectes des Pays de la Loire qui a saisi le TA de Nantes de conclusions en annulation ou à défaut en résiliation de ces trois marchés, en application de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, et ce tableau contentieux illustre bien la répartition des différentes catégories de requérants entre les voies de droit qui leur sont offertes. Le tribunal a rejeté les recours mais la CAA de Nantes y a fait droit, au motif que les conditions de recours au marché de conception-réalisation n'étaient pas remplies.

Avant d'examiner les critiques formulées en termes identiques par le département de la Loire-Atlantique à l'encontre des motifs, également identiques, des arrêts de la cour, il vous faut répondre à la question de la recevabilité des recours formés par le conseil régional de l'ordre des architectes devant le tribunal car, même si elle n'a été posée ni devant ce dernier, ni devant la cour et qu'elle ne l'est pas davantage devant vous, elle est d'ordre public(CE, 21 octobre 1959, *Korsek*, p.533).

Vous avez déjà admis à plusieurs reprises que l'ordre des architectes, s'il n'avait pas intérêt à former un référé précontractuel (CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, p. 493), avait intérêt à contester les actes d'attribution de marchés dans des conditions affectant les modalités d'exercice de la profession d'architecte : décision de confier la maîtrise d'oeuvre de travaux à un service technique en méconnaissance de l'obligation de recourir à un architecte (CE, 28 septembre 1984, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne*, p.310), délibération décidant l'attribution d'un marché de conception-réalisation (CE, 28décembre2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, n° 221649, p. 682 sur ce 2 point) et, encore récemment, délibération décidant l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre au terme d'une procédure n'ayant pas prévu l'allocation de primes pour les candidats non retenus, défaut dont vous avez jugé qu'elle "était de nature à limiter l'accès des architectes à ce marché et qu'elle était ainsi susceptible d'affecter les modalités d'exercice de cette profession" (CE, 17mai2017, *communauté de communes de Petite Camargue*, n° 396034).

Toutes ces décisions concernent l'appréciation de l'intérêt pour agir de tiers formant des recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes détachables du contrat, dans le cadre contentieux antérieur à votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994, p.70, ccl. B. Dacosta). Or, comme vous le savez bien, l'intérêt à contester la validité du contrat ne s'apprécie pas de la même manière que l'intérêt à demander l'annulation d'un acte unilatéral.

Si, dans le contentieux de la légalité, l'intérêt pour agir d'une personne morale est subordonné à une certaine adéquation entre les finalités de son activité et l'objet ou les effets de l'acte attaqué, cette exigence d'adéquation a toujours été appréciée de manière libérale, en raison de l'intérêt général supérieur de permettre le

contrôle de la légalité de l'action administrative que réalise tout recours pour excès de pouvoir.

C'est au regard de cette exigence d'adéquation ainsi conçue que vous avez apprécié l'intérêt pour agir de l'ordre des architectes à l'encontre des actes relatifs à la passation de certains marchés. Les intérêts qu'il peut défendre en justice sont décrits à l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture: « *Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics./ Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte./(...)* ». La dernière phrase a été ajoutée par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Elle renforce les solutions que nous avons citées qui, à l'exception de la plus récente, sont antérieures et qui sont donc fondées sur l'idée que certains marchés sont susceptibles de porter atteinte aux droits conférés aux architectes.

Tel est le cas d'un marché relatif à une prestation d'architecture confié à une personne qui n'a pas cette qualité (décision *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne*, précitée). Les marchés de conception-réalisation leur portent une atteinte moins radicale mais, comme l'expliquait le président Piveteau dans ses conclusions sur l'affaire *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, ce dispositif contractuel déroge au principe, posé par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP) de la séparation des missions de maîtrise d'oeuvre et d'entrepreneur, qui a pour effet de réserver l'attribution du contrat à "d'importantes entreprises de travaux disposant de services de maîtrise d'oeuvre intégrés ou de ne s'adresser qu'aux seuls architectes qui seront parvenus à constituer un groupement avec un entrepreneur", "porte inévitablement atteinte aux intérêts de la profession". L'ordre des architectes, relevait-il, aurait certainement intérêt pour agir à l'encontre des dispositions qui instituent ce contrat et fixent les conditions de son utilisation, mais aussi à l'encontre d'une décision de recourir à ce type de marché qui ne lèse pas un architecte en particulier mais, "collectivement, plusieurs architectes non spécifiés: tous ceux qui auraient eu vocation à passer un marché spécifique de maîtrise d'oeuvre ».

Ni la définition légale de l'intérêt des ordres des architectes à défendre les droits professionnels de leurs membres, qui a même été renforcée, ni l'analyse de l'atteinte qu'un marché de conception-réalisation est susceptible de porter à ces droits, n'a changé. En revanche, ce qui a changé, c'est la conception de l'intérêt pour agir dont il faut justifier pour contester non plus l'acte unilatéral détachable du contrat mais le contrat lui-même.

L'enjeu de la question du maintien de la jurisprudence que nous avons citée dans ce nouveau cadre dépasse la défense des droits des architectes à l'occasion de la passation d'un marché de conception-réalisation. Elle se posera à chaque fois qu'un organisme professionnel, dont la mission est toujours d'assurer la défense des droits que ses membres tirent de la réglementation de leur profession, entendra contester la validité d'un contrat en particulier qui, en raison de son objet ou de ses clauses, entre dans le champ d'application de ces droits. La réponse que vous lui apporterez vaudra ainsi, par exemple, pour l'ordre des avocats s'agissant d'un contrat relatif à des prestations juridiques qui leur sont réservées.

Nous écartons donc d'emblée une réponse fondée sur la définition législative de l'intérêt pour agir des ordres des architectes et qui

serait limitée à ces derniers. Car cette définition n'exprime au fond rien de plus que leur mission à défendre les droits que les lois et règlements confèrent à leurs membres, mission qui est celle de tous les ordres professionnels. Pour le dire autrement, quels que soient les termes employés par les dispositions statutaires relatives à ces organismes, leurs actions, en particulier en justice, tendent toujours à assurer la défense des droits professionnels de leurs membres. Il ne nous paraît pas nécessaire de vous en faire une démonstration qui aurait d'autant moins de sens que rien n'empêche les organismes qui n'auraient pas décrit leur intérêt pour agir en des termes aussi précis que l'article 26 de la loi sur l'architecture de modifier à tout moment leurs statuts pour le faire. Il faut donc déterminer si la conception de l'intérêt pour contester la validité d'un contrat qui résulte de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* permet d'y intégrer la défense par un organisme professionnel des droits de ses membres.

La condition d'intérêt pour agir dans le cadre de cette jurisprudence traduit un équilibre différent entre légalité et sécurité juridique que celui que véhicule cette condition en excès de pouvoir. Les justifications de cette différence sont bien connues : le recours est un recours de plein contentieux, dirigé contre un contrat. La stabilité des relations contractuelles y pèse d'un poids plus lourd; le recours s'inscrit dans un ensemble de voies de droit conçues, tant en ce qui concerne leurs modalités que leurs effets, pour faire justice de manière juste et efficace à la diversité des droits et intérêts concernés par la relation contractuelle.

Cette différence se manifeste d'abord par l'exigence d'une adéquation plus étroite entre l'intérêt invoqué par le requérant et le contrat qu'il entend contester. A l'exception du représentant de l'Etat dans le département et des membres de l'organe délibérant de la collectivité concernée, qui n'ont pas à justifier d'un intérêt pour agir particulier, les tiers, qui bénéficient désormais d'un recours direct contre le contrat, ne peuvent l'exercer que s'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat. Cette formule hybride qui emprunte tant aux contentieux des droits subjectifs qu'au contentieux précontractuel la notion de lésion exprime la nécessité d'un effet direct et significatif du contrat attaqué sur la situation du requérant.

L'idée de qualités donnant de manière générale intérêt pour agir ne cadre plus avec cette exigence. Poursuivant un mouvement d'ailleurs déjà engagé en excès de pouvoir contre l'acte détachable (par ex : CE, 1er juin 2016, *Commune de Rivedoux-Plage*, n°391570, inédit), vous avez ainsi récemment indiqué qu'il ne suffit pas au requérant qui se prévaut de sa qualité de contribuable local d'affirmer que le contrat représente une dépense pour la collectivité mais qu'il "lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité" (CE, 27 mars 2020, *M. Le Monnier et autres*, n° 426291, au rec).

S'agissant des personnes morales, B. Dacosta soulignait dans ses conclusions sur la décision *Département de Tarn-et-Garonne* que "devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre".

Si l'évolution de la condition d'intérêt pour agir n'était qu'une question de degré dans l'exigence d'adéquation, il nous semble qu'elle pourrait être regardée comme remplie aujourd'hui comme par le passé dans le cas qui est celui de la présente affaire de la passation d'un marché de conception-réalisation et a fortiori dans celui d'un contrat passé en violation du monopole d'une profession pour l'exercice de certaines prestations, compte tenu de

l'importance de l'atteinte que ces contrats portent aux droits des architectes.

Nous serions en revanche plus hésitants à vous proposer de réitérer la solution de votre décision la plus récente *communauté de communes de Petite Camargue* car la défense du droit des architectes à une prime dans un marché de maîtrise d'œuvre nous paraît un intérêt collectif beaucoup moins prégnant.

Mais nous pensons que l'évolution de cette condition ne tient pas qu'à cela. Plus profondément, la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier qu'il conteste, spécificité qui fait défaut lorsque l'intérêt invoqué est le même que ceux dont peuvent se prévaloir une autre catégorie de personnes plus directement concernée.

Toute l'architecture des contentieux contractuels et l'équilibre qu'elle assure entre légalité et stabilité contractuelle repose sur cette subjectivisation des recours qu'exprime la notion de lésion et qui conduit à réserver la possibilité de contester la validité d'un contrat à ceux qui sont vecteurs d'intérêts généraux qui dépassent les intérêts individuels, tels que le représentant de l'Etat, les membres de l'organe délibérant, les contribuables locaux ou les associations, soit défendent leurs intérêts individuels.

Or la personne morale qui conteste un contrat particulier au motif que les conditions pour recourir à ce type de contrat n'étaient pas remplies défend un intérêt professionnel identique, s'agissant d'une opération déterminée, à ceux de ses membres qui auraient pu candidater. S'ils n'ont pu le faire ou en ont été dissuadés, ils justifient personnellement d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine qu'ils peuvent défendre soit en référé précontractuel, soit en contestant la validité du contrat.

Mais il ne nous semble pas que l'intérêt collectif de la profession dont l'ordre professionnel assure la défense lui permette de se substituer à ceux de ses membres qui ne se sont pas estimés lésés ou pas suffisamment pour contester eux-mêmes la procédure de passation du contrat ou le contrat lui-même. L'intérêt collectif des membres de la profession ne doit lui donner qualité pour agir que contre les mesures susceptibles d'affecter de manière générale leurs droits ou les modalités de leur exercice, mais pas de se faire le gardien du respect de ces droits à l'occasion de la conclusion de tout contrat. Cette conception de l'intérêt pour agir comme vecteur de la défense de la légalité, fut-elle porteuse de droits, consubstantielle au contentieux de l'excès de pouvoir, ne correspond pas à celle qui prévaut désormais dans le contentieux de la validité du contrat. Votre décision du 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales et de la santé* (n° 395033, aux T sur ce point), par laquelle vous avez jugé qu'une Agence régionale de santé devait justifier d'un intérêt particulier lésé pour pouvoir contester la validité d'un marché passé par un établissement de santé, illustre ce changement de paradigme.

Admettre un tel intérêt pour agir qui n'est pas corrélé à un contrat en particulier aboutit à permettre à ces organismes professionnels de contester tous les contrats qui par leur objet ou leur clauses entrent dans le champ d'application des droits de leurs membres et sont, de ce seul fait, susceptibles de leur porter atteinte, à la seule condition qu'ils aient été conclus dans leur périmètre de compétence géographique.

Un ordre professionnel qui s'opposerait à un dispositif contractuel qu'il estimerait "par nature" contraire à l'intérêt de ses membres pourrait ainsi par la simple menace d'un recours contentieux contre tous les contrats qui seraient conclus ou du moins les plus importants dissuader les acheteurs d'y avoir recours. C'est précisément ce type de risque contentieux que vous avez voulu

prévenir en exigeant des tiers ordinaires qu'ils justifient d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du contrat et en ne dispensant de cette obligation que le préfet et les membres des assemblées délibérantes. Il ne nous paraît donc ni cohérent ni opportun de recréer des intérêts donnant toujours qualité pour agir contre des catégories de contrats.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que l'ordre régional des architectes n'avait pas intérêt à contester la validité de ces marchés. Cela vous conduira à annuler les arrêts attaqués et, réglant l'affaire au fond, à rejeter les appels du conseil régional de l'ordre des architectes de la Loire-Atlantique, en substituant aux motifs des jugements attaqués l'irrecevabilité de ses recours.

Vous n'aurez pas alors l'occasion de trancher les autres questions qui portent sur les conditions de recours au marché de conception-réalisation. Nous les évoquerons tout de même rapidement, pour le cas où vous ne partageriez pas notre avis sur l'intérêt pour agir de l'ordre régional des architectes.

Le marché de conception-réalisation est, aux termes de l'article 18 de la loi MOP qui l'a prévu, *"un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux"*. Vous avez eu l'occasion de rappeler que «la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières» (CE, 8 juillet 2005, *Communauté d'agglomération de Moulins*, n°268610, aux T).

Elles figurent dans la loi MOP et à l'article 37 du code des marchés publics, dans sa rédaction de 2011 applicable au litige qui ne permettent le recours à ce type de contrat *"que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. / Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques."*

La cour a estimé que ni les motifs d'ordre technique invoqués par le département, ni l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ne justifiaient en l'occurrence le recours à ce type de marché.

Le premier moyen des pourvois porte sur l'appréciation portée par la cour sur les motifs d'ordre technique, qui tenaient, selon les arrêts, au choix du département d'un procédé de construction reposant sur la préfabrication des éléments à agencer pour permettre le caractère « modulaire » du projet, destiné notamment à favoriser le transfert éventuel de tout ou partie des bâtiments vers d'autres sites, ou l'ajout de modules provenant d'autres collèges réalisés sur le même principe.

La cour a estimé qu' "il ne résulte pas de l'instruction que ce choix exigeait, au regard tant des dimensions des modules ou des matériaux utilisés que des exigences acoustiques et thermiques posées par le maître d'ouvrage et des contraintes susceptibles d'en résulter, un mode de construction spécifique présentant des

difficultés techniques particulières telles qu'elles auraient nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage".

Si les juges du fond exercent un contrôle entier sur le respect de ces conditions au recours dérogatoire à ce type de contrat (voyez, par exemple, pour les conditions du recours au marché de partenariat : 30 juillet 2014, *cne de Biarritz*, n° 363007, aux T), leur contenu essentiellement factuel nous incite à vous proposer de limiter votre contrôle de cassation sur leur appréciation à la dénaturation des pièces du dossier.

Et à écarter le moyen, le département requérant n'apportant aucun élément de nature à vous convaincre que le caractère modulaire et transférable des constructions présentait des difficultés techniques si manifestes que la cour aurait grossièrement déformé les pièces du dossier en ne les reconnaissant pas.

Le deuxième moyen est dirigé contre le refus de la cour de retenir la justification tirée de l'amélioration de la performance énergétique. Elle a jugé sur ce point qu' "en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction que, au regard de la nature de la construction envisagée comme du procédé constructif retenu et des matériaux dont l'emploi était prévu, l'objectif d'un niveau de performance énergétique supérieur de 10 % à la norme thermique RT 2012, issue de la loi précitée du 3 août 2009, représentait en lui-même une contrainte ou une complexité telle qu'elle exigeait d'associer nécessairement les opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études".

Derrière les mots "en tout état de cause" se dissimule la question de l'applicabilité de cette justification à la réalisation de bâtiments neufs. Elle se pose et n'est pas évidente, pour plusieurs raisons. Au vu tout d'abord de la lettre de la loi qui fait référence à une "amélioration de l'efficacité énergétique", qui suppose de partir d'une construction existante. Ensuite, parce que cette justification est issue de l'article 74 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite «loi Grenelle II», qui avait notamment pour objectif de mettre en œuvre la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite «Grenelle I», dont l'article 5 indiquait que «L'Etat se fixe comme objectif de réduire les consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38% d'ici à 2020. (...)».

A défaut d'indication dans les travaux préparatoires de la loi, cette origine du texte nous semble aller dans le sens d'une limitation de cette justification aux travaux sur les bâtiments existants. C'est d'ailleurs également l'avis de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie. Il est corroboré par l'ajout plus récent d'un troisième cas de recours aux marchés de conception-réalisation par loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), pour «la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur». Vous pourriez donc saisir l'occasion de ce pourvoi pour juger explicitement que cette justification n'était pas applicable compte tenu de l'objet du marché.

Le moyen tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en exigeant que l'engagement d'amélioration de performance énergétique rende nécessaire l'association des opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études n'est pas non plus dépourvu d'intérêt, même si nous n'avons guère d'hésitations à ne pas suivre l'argumentation du département qui conduirait à faire de cet engagement une condition autonome de recours à ce type de marché.

Tel ne nous semble être ni le sens ni l'esprit du texte, qui place la nécessité d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage en facteur commun aux deux motifs que sont l'engagement sur le niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique et les motifs d'ordre technique. On ne voit pas pourquoi un tel engagement justifierait de recourir à ce type particulier de marché en dehors des cas où sa réalisation nécessite d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Le caractère dérogoire du recours à ces marchés implique de les réserver aux cas où leurs spécificités sont nécessaires pour atteindre les objectifs qui justifient d'y recourir. Contrairement à ce que soutient le département, si aucun des deux motifs, qui sont alternatifs, ne peut justifier la conclusion d'un marché de conception-réception, il n'est pas envisageable que la conjonction de deux motifs insuffisants puissent justifier le recours à ce type de marché.

Le dernier moyen est en revanche fondé. Il est tiré de ce que l'irrégularité des contrats retenue par la cour n'aurait pas du la conduire à les annuler mais seulement à les résilier.

Vous exercez un contrôle de la qualification juridique des faits sur les conséquences que les juges du fond tirent des irrégularités du contrat (CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n°362304, aux T).

Vous savez que l'annulation du contrat est réservée aux irrégularités les plus graves, celles tenant au contenu illicite du contrat ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office. Or le recours irrégulier à un type particulier de marché public n'entre dans aucune de ces catégories d'irrégularités.

Vous pourrez donc, si vous admettez la recevabilité des recours de l'ordre régional des architectes, annuler les arrêts en tant que la cour n'a pas limité la disparition des contrats à l'avenir. Mais, comme nous l'avons dit, tel n'est pas le sens principal de nos conclusions, qui est de vous proposer d'annuler les arrêts attaqués et de rejeter les appels du Conseil régional de l'ordre des architectes de Loire-Atlantique, à la charge duquel vous pourrez mettre le versement au département de la Loire-Atlantique d'une somme de 1 500 euros dans chaque affaire.

Tel est le sens de nos conclusions.

Référence 6 : CE 3 juin 2020, Département de Loire Atlantique, n°426932, 426933, 426938

Vu la procédure suivante :

Le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire a demandé au tribunal administratif de Nantes d'annuler ou, à défaut, de résilier le marché de conception-réalisation conclu le 21 août 2014 entre le département de la Loire-Atlantique et le groupement " OBM - Rocheteau-Saillard " pour la construction d'un collège sur le territoire de la commune de Pontchâteau. Par un jugement n° 1409223 du 23 mars 2017, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 17NT01602 du 9 novembre 2018, la cour administrative d'appel de Nantes a, sur appel du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire, annulé ce jugement et ce marché de conception-réalisation.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 9 janvier et 9 avril 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département de la Loire-Atlantique demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire ;

3°) de mettre à la charge du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code des marchés publics ;
- la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 ;
- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 ;
- la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 ;
- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 modifiée ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat du département de la Loire-Atlantique et à la SCP Bouilloche, avocat du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 25 mai 2020, présentée par le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire ;

Considérant ce qui suit :

1. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat.

2. Le ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que par avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 26 octobre 2013, le département de la Loire-Atlantique a lancé une procédure d'attribution d'un marché de conception-réalisation, en vue de la construction d'un collège sur le territoire de la commune de Pontchâteau, comportant vingt-quatre divisions, extensibles à vingt-huit, ainsi que quatre logements de fonctions. A l'issue de l'analyse des offres, le marché a été attribué au groupement d'entreprises " OBM - Rocheteau-Saillard ", constitué de la société OBM Construction et de l'agence d'architectes Rocheteau-Saillard Eiffage, et a été conclu le 21 août 2014. Le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire a fait appel du jugement du 23 mars 2017 par lequel le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande tendant à l'annulation, ou à défaut à la résiliation de ce marché de conception-réalisation. Par un arrêt du 9 novembre 2018, contre lequel le département de la Loire-Atlantique se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a annulé ce jugement et ce marché.

3. D'une part, selon l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture : " Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la

profession auprès des pouvoirs publics. / Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte. / (...)"

4. D'autre part, aux termes de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée applicable au litige : " La mission de maîtrise d'oeuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2. / Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur. / (...)" . Selon le I de l'article 18 de la même loi : " Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code ". Aux termes de l'article 37 du code des marchés publics applicable au litige, dont la substance a été reprise à l'article L. 2171-2 du code la commande publique : " Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. / Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. / (...)"

5. Un tiers à un contrat administratif n'est recevable à contester la validité d'un contrat, ainsi qu'il a été dit au point 1, que s'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou par ses clauses. Si, en vertu des dispositions de l'article 26 précité de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte, la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge.

6. Par suite le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire n'était pas recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du marché de conception-réalisation en litige.

7. Il résulte de ce qui précède que le département de la Loire-Atlantique est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.

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

9. Ainsi qu'il a été dit aux points 5 et 6, les conclusions du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire tendant à l'annulation du marché de conception-réalisation en litige étaient irrecevables dans le cadre d'un recours en contestation de la validité de ce marché. Par suite, le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 9 novembre 2018 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé.

Article 2 : La requête du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire présentée devant la cour administrative d'appel de Nantes est rejetée.

Référence 7 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 10 juillet 2020, société Comptoir du Négoce Equipements

L'affaire qui vient d'être appelée vous offre une bonne occasion de reconsidérer, à la lumière des profondes évolutions qu'a connues le contentieux contractuel au cours des dix dernières années, le régime juridique de la résiliation du contrat à l'initiative de la personne publique en raison de l'invalidité du contrat. Vous avez jusqu'à présent, dans de rares décisions, traité ce motif comme relevant de l'intérêt général qui justifie l'exercice par la personne publique du pouvoir de résiliation unilatérale dont elle dispose toujours, quelles que soient les clauses du contrat.

Mais la pertinence de ce rattachement peut être discutée, à plusieurs égards, comme vous y invite d'ailleurs une partie de la doctrine. La communauté d'agglomération Reims Métropole a conclu au mois de juillet 2014 avec la société Comptoir négoce équipements (CNE) un marché à bons de commande réparti en trois lots ayant respectivement pour objet la fourniture de points lumineux, de supports et de pièces détachées, pour une durée d'un an renouvelable deux fois, à compter du 1er janvier 2015. Un mois plus tard, la communauté d'agglomération a informé sa cocontractante de la résiliation du marché à compter du 1er avril suivant, afin, selon ses termes, "d'éviter les risques tenant aux incertitudes qui auraient affecté la consultation ».

La communauté d'agglomération venait en effet de recevoir un courrier de la DIRRECTE relayant une plainte d'une entreprise distributrice de matériel d'éclairage qui mettait en cause les conditions de la mise en concurrence et plus précisément du fait que les documents de la consultation imposaient, en méconnaissance des dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics, alors en vigueur, l'achat de produits de marques spécifiques, sans préciser la possibilité de recourir à des équivalents, limitant la concurrence et favorisant le titulaire, qui en était selon elle le distributeur exclusif. Ayant elle-même constaté que les procédures lancées pour la conclusion de mêmes marchés avant 2010, qui ne comportaient pas cette spécification technique, avaient suscité une bien plus large concurrence, alors que seul le titulaire s'était porté candidat aux deux suivantes, ce service de l'Etat a indiqué à la communauté d'agglomération l'existence d'un double risque contentieux, administratif et pénal.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur. La société CNE a saisi le TA de Châlons-en-Champagne de conclusions tendant d'une part à la reprise des relations contractuelles, d'autre part à l'indemnisation du préjudice subi du fait de la résiliation du marché. Après avoir constaté qu'il n'y avait plus lieu à statuer sur les premières, il a estimé que la passation du marché n'était pas entachée d'irrégularité, que par conséquent la résiliation, qui n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général, était fautive et a condamné la communauté urbaine du Grand Reims, venue aux droits de la communauté d'agglomération Reims Métropole, à verser à la société une somme de près de 180 000 euros correspondant aux frais engagés par la société pour présenter sa candidature et au manque à gagner subi au titre de l'année 2015.

Saisie par la communauté urbaine, la CAA de Nancy a considéré que la procédure de passation du marché était bien entachée d'irrégularité, ce qui constituait un motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat. Constatant que les clauses du contrat déterminant les droits à indemnisation du titulaire en cas de résiliation pour un motif d'intérêt général ne prévoyaient pas la réparation du manque à gagner et que les frais de candidature étaient intégrés dans le montant de l'offre, elle a rejeté les conclusions indemnitaires de la société, qui se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Vous n'aurez pas à examiner la première série de moyens, qui visent l'irrégularité retenue par la cour et sa portée et qui sont nouveaux en cassation. Nous en retrouverons certains à propos du second moyen, qui pose la question que nous évoquions en introduction de la possibilité pour la personne publique cocontractante de se prévaloir de l'invalidité du contrat comme d'un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation.

"Règle générale applicable aux contrats administratifs", le pouvoir de la personne publique cocontractante de mettre unilatéralement fin au contrat pour l'avenir pour un motif d'intérêt général lui a été reconnu "depuis au moins le XIX^{ème} siècle"³, aux côtés des deux autres motifs justifiant l'exercice de ce même pouvoir que sont la faute grave de son cocontractant ou la force majeure.

Destiné à lui permettre de faire prévaloir les nécessités du service public sur les liens contractuels, ni l'existence de ce pouvoir ni les conditions de son exercice ne sauraient dépendre des stipulations contractuelles (CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat, n° 41589, RFDA 1986, p. 21, ccl. Genevois), qui peuvent seulement déterminer les droits à réparation des préjudices qui en résultent.

Vous n'avez qu'à deux occasions jugé que l'irrégularité du contrat pouvait constituer un motif d'intérêt général justifiant l'exercice de ce pouvoir de résiliation unilatérale. La première, peu explicite, évoque des "irrégularités de rédaction" du contrat ayant pu légalement fonder sa résiliation (CE, 10 juillet 1996, Coisne, n° 140606). La seconde, plus récente, permet à la personne publique de faire usage de ce pouvoir pour mettre fin à une délégation de service public dépassant la durée prévue par la loi (CE, 7 mai 2013, société auxiliaire des parcs de la région parisienne, n° 365043, p. 137). Ces solutions ont été étendues par des cours administratives d'appel à des irrégularités de passation (ex. CAA Nantes, 11 avril 2014, Agrocampus ouest, 12NT00053).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vos deux décisions ne règlent pas la question. La première, rendue à une époque où toute irrégularité du contrat entraînait sa nullité, n'est plus en phase avec les règles résultant de la profonde recomposition des contentieux contractuels à laquelle vous avez procédé depuis une dizaine d'années. La seconde, si elle est postérieure à cette évolution, concerne l'illicéité d'une clause du contrat, celle qui définit sa durée en tant qu'elle est excessive, et c'est au regard de ce vice que vous avez jugé que la nécessité de mettre fin à la convention qui avait atteint la durée légale constituait un motif d'intérêt général. La question plus générale de savoir si l'irrégularité d'un contrat justifie sa résiliation unilatérale au nom de l'intérêt général ne nous paraît donc pas tranchée par cette décision.

Cette question en comporte en réalité deux : l'irrégularité du contrat justifie-t-elle sa résiliation unilatérale ? Dans l'affirmative, ce motif de résiliation doit-il être rangé parmi les motifs d'intérêt général ?

La première question doit être replacée dans le contexte des nouvelles règles relatives aux conséquences contentieuses des invalidités des contrats administratifs autres que ceux portant recrutement d'agents publics, qui relèvent d'un régime juridique distinct.

Ces nouvelles règles redéfinissent un équilibre entre légalité et stabilité des relations contractuelles qui doit s'appliquer à toutes les possibilités de remise en cause des obligations contractuelles, qu'elles soient juridictionnelles ou administratives. La personne publique cocontractante ne peut donc tirer de l'irrégularité du contrat plus de pouvoir de le remettre elle-même en cause qu'elle pourrait demander au juge de le faire ou que celui-ci pourrait le lui imposer.

Sur le premier point, votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, commune de Béziers (n° 304802), a doublement limité les possibilités pour les parties au contrat d'obtenir du juge qu'il délie de leurs obligations contractuelles. Pour ne nous en tenir qu'au recours par lequel une partie au contrat saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il y mette un terme, qui représente l'équivalent contentieux de la résiliation unilatérale, une première condition à l'invocabilité du vice tient à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, qui fait obstacle à ce qu'une partie se prévale d'irrégularités qui lui sont exclusivement imputables pour échapper à ses obligations contractuelles. Ensuite, toutes les irrégularités ne conduisent pas à remettre en cause le contrat : il appartient au juge, "après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation". Il n'y a donc, et c'est l'un des

traits les plus marquants de l'évolution de votre jurisprudence en la matière, aucune automaticité entre l'irrégularité d'un contrat et sa cessation.

Sur le second point, le juge peut dans certains cas imposer la résiliation. Tel est le cas lorsqu'il est saisi par un tiers de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la personne publique de résilier le contrat : il ne peut y faire droit, sous réserve toujours de l'intérêt général, pour un motif. Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

tiré de l'irrégularité du contrat que si celle-ci est de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait la relever d'office, c'est à dire si elle tient au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (CE Sect, 3 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche, n° 398445). Ce sont également ces irrégularités les plus graves qui font obstacle à ce que le juge du contrat puisse ordonner la reprise des relations contractuelles, alors même que le motif de la résiliation serait illégal (CE, 1er octobre 2013, Sté Espace habitat construction, n° 349099, aux T).

Ce cadre étant posé, comment y intégrer harmonieusement la possibilité pour la personne publique cocontractante de résilier unilatéralement le contrat pour un motif tiré de son irrégularité ?

Nous écartons tout d'abord sans hésitation l'idée d'une transposition de la jurisprudence Ternon, qui bornerait dans le temps du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers (Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70) l'exercice par la personne publique de son pouvoir de résiliation unilatérale en cas d'irrégularité du contrat.

Ce n'est pas au regard des possibilités de recours des tiers contre le contrat que doit être défini le pouvoir de résiliation de la personne publique cocontractante mais au regard de ses propres possibilités de recours. Or, comme nous l'avons vu, dès lors qu'elle peut saisir le juge d'une action en contestation de la validité du contrat qui la lie en vue d'obtenir sa résiliation ou son annulation à tout moment au cours de l'exécution du contrat (CE sect, 1er juillet 2019, Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon, n° 412243), ce que ne peut faire l'auteur d'un acte administratif unilatéral, il n'y aucune raison de ne pas lui permettre de le faire elle-même, à certaines conditions.

Faut-il ensuite, si on lui reconnaît ce pouvoir de résiliation unilatérale en cas d'invalidité du contrat, en limiter l'exercice aux vices les plus graves, ceux qui, étant d'ordre public, font en principe résolument obstacle non seulement à la poursuite de l'exécution du contrat, mais à ce que le juge en fasse application pour le passé ? Il découle en quelque sorte a contrario des décisions précitées SMPAT et Sté Espace habitat construction que ces vices imposent la cessation des relations contractuelles, à moins qu'un intérêt général prééminent commande de les poursuivre. Le juge lui-même dispose lorsqu'il relève l'une de ces irrégularités de beaucoup moins de marge d'appréciation pour en tirer les conséquences sur la vie du contrat.

Limiter à ces motifs exceptionnellement graves d'invalidité du contrat le pouvoir de résiliation unilatérale de la personne

publique renforcerait la stabilité des relations contractuelles. Mais une telle limitation est-elle utile lorsque la personne publique peut saisir le juge du contrat pour lui demander de prononcer la résiliation du contrat ? L'éventualité d'un tel recours menace autant la relation contractuelle que la possibilité d'une résiliation unilatérale. Nous ne sommes donc finalement pas persuadés de l'opportunité de l'ajout d'une nuance dans un paysage qui en comporte déjà suffisamment.

D'autant plus qu'en subordonnant le pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif tiré de l'irrégularité du contrat aux mêmes conditions que celles qui permettent aux parties d'en contester la validité devant le juge du contrat et à ce dernier de prononcer la résiliation du contrat, vous garantirez suffisamment la stabilité contractuelle. L'exigence de loyauté des relations contractuelles, qui s'opposera à ce que la personne publique se prévale d'irrégularités qui lui sont exclusivement imputables ainsi que toutes les circonstances qui pourraient faire obstacle à ce que le juge prononce la résiliation - caractère régularisable du vice (ex. CE, 11 mai 2016, Rouveyre, n° 383768); intérêt général - limiteront l'exercice de ce pouvoir, sous le contrôle d'un juge qui a la possibilité d'ordonner la reprise des relations contractuelles. Ainsi, en dehors des vices d'ordre public qui imposent à tous en principe la cessation du contrat, la résiliation unilatérale devrait être réservée aux cas où non seulement l'irrégularité est substantielle mais où cette mesure est la bonne solution pour y remédier.

L'application de ces conditions à l'irrégularité invoquée par la communauté d'agglomération permet d'en donner une bonne illustration. Elle tient à ce que les documents de la consultation imposaient aux candidats des références à des fabricants ou à des produits de fabricants sans préciser que ces produits pourraient être remplacés par leur équivalent, en méconnaissance des dispositions de l'article 6 IV du code des marchés publics, qui figurent aujourd'hui à l'article R. 2111-7 du code de la commande publique. Il est constant que cette irrégularité a eu pour effet de restreindre la concurrence et d'avantager le candidat retenu, qui était le seul à avoir présenté une offre, alors que les procédures de passation de marchés antérieures qui prévoyaient cette possibilité avaient suscité une plus large concurrence.

Il convient, pour savoir si cette irrégularité pouvait fonder une résiliation unilatérale du marché, de lui appliquer la grille d'analyse que nous avons décrite il y a un instant. La première question est celle de savoir si la personne publique peut se prévaloir d'une telle irrégularité. Elle lui est imputable, puisque c'est elle qui a élaboré les documents de la consultation.

Mais les exigences de la loyauté des relations contractuelles ne s'opposent pas systématiquement à ce que la personne publique se prévale d'un vice qui lui est imputable, ce qui ferait pratiquement obstacle à ce qu'elle conteste dans la plupart des cas la validité du contrat. Or tel n'est pas la portée que vous avez entendu donner à cette exigence, qui vise surtout à empêcher les invocations à la fois opportunistes et particulièrement illégitimes de certaines irrégularités, et non qu'une personne publique se repente de bonne foi d'une erreur qu'elle a commise dans la passation d'un marché et prenne une mesure équilibrée de nature à en corriger les effets. En l'espèce, la décision de la personne publique de résilier rapidement le contrat, peu après sa conclusion, ne traduit aucune intention de se prévaloir d'une irrégularité pour se délier de ses obligations contractuelles.

Elle supportera l'essentiel du coût de cette décision qui la conduira à conclure un nouveau marché après avoir organisé une nouvelle procédure régulière de mise en concurrence. La deuxième question est celle du caractère régularisable de ce vice, qui appelle ici une réponse négative.

La troisième question est celle de la portée de l'irrégularité sur le contrat, compte tenu de l'intérêt général : si cette irrégularité a été de nature à avantager l'attributaire du contrat, elle n'en constitue pas pour autant une irrégularité d'une gravité telle qu'elle conduise à l'annulation du marché. Vous l'avez jugé dans le cas assez proche, par ses effets, de prescriptions techniques trop précises ayant eu un tel effet (CE, 10 février 2016, Soc. SMC 2, n° 382148, aux T). Mais, nous l'avons dit, le pouvoir de résiliation ne saurait être limité aux vices d'ordre public. D'autres irrégularités peuvent en justifier la mise en œuvre lorsque cette mesure apparaît la plus adaptée, compte tenu des exigences de la stabilité des relations contractuelles et de l'intérêt général.

Tel nous semble être le cas en l'espèce : la résiliation est intervenue très tôt après la conclusion du contrat; aucun intérêt général n'est invoqué; elle permettra la passation d'un nouveau contrat dans des conditions régulières de mise en concurrence. Cette irrégularité était donc de nature à justifier la résiliation unilatérale du contrat.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Si vous nous suivez jusque-là, il vous faudra déterminer le cadre juridique de cette résiliation justifiée par l'invalidité du contrat. Plusieurs raisons nous incitent à vous proposer d'en faire un motif de résiliation distinct de l'intérêt général.

La première est que la résiliation pour un motif d'intérêt général n'a jamais été conçue pour sanctionner des irrégularités du contrat et cette inadaptation de principe apparaît encore plus évidente aujourd'hui. Comme nous l'avons dit, le pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général est une garantie de la prééminence de ce dernier sur les liens contractuels. Une raison supérieure, extérieure au contrat, tenant le plus souvent aux exigences du service public, justifie de mettre fin à son exécution. Or, non seulement l'irrégularité du contrat n'est pas extérieure à celui-ci, mais la nécessité d'assurer le respect de la légalité contractuelle ne peut plus être regardé comme un motif d'intérêt général prévalant toujours sur la stabilité des relations contractuelles.

Au contraire, cette prévalence ne vaut désormais que pour les vices d'ordre public. Pour les autres, notamment les manquements aux règles de passation qui visent essentiellement à assurer un libre et égal accès des opérateurs économiques à la commande publique et le bon usage des deniers publics, la stabilité des relations contractuelles prévaut si aucun tiers ne s'en plaint et si la loyauté des relations contractuelles empêchent les parties de s'en prévaloir. Pour le dire autrement, la légalité contractuelle n'est plus, en elle-même, un intérêt général qui justifierait toujours de résilier le contrat qui l'aurait méconnue.

Cette raison devrait conduire à exclure le risque contentieux lié à l'irrégularité du contrat comme motif d'intérêt général justifiant une résiliation unilatérale. L'irrégularité du contrat ne doit pouvoir

être invoquée pour fonder une résiliation unilatérale que si elle remplit les conditions que nous avons indiquées. La circonstance qu'un tiers, voire même l'autre partie, pourrait en contester la validité et compromettre la poursuite de son exécution ne saurait permettre à la personne publique de prendre les devants pour le résilier. Toute l'évolution de votre jurisprudence récente qui s'attache à adapter les voies de contestation du contrat aux intérêts des différentes catégories de requérants s'oppose à une telle solution, à laquelle vous avez d'ailleurs également mis fin, en raison de l'insécurité juridique qu'elle générerait, pour les actes unilatéraux par votre jurisprudence Ternon.

Ainsi, soit l'irrégularité du contrat tient à un vice que la personne publique peut invoquer devant le juge du contrat à l'appui d'un recours en contestation de sa validité, dans des circonstances qui peuvent conduire le juge à la prononcer, et la personne publique peut, et parfois doit, résilier unilatéralement le contrat pour y mettre fin. Soit elle ne remplit pas ces conditions et le risque contentieux ne saurait être un motif d'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale. Nous ne minimisons pas l'importance de ce risque pour la collectivité, mais elle doit l'envisager avant de signer le contrat. Ajoutons pour rassurer les acheteurs publics que, comme le montre le cas d'espèce, ils pourront résilier très rapidement un contrat entaché d'une irrégularité susceptible d'entraîner des sanctions pénales afin de les prévenir.

La seconde raison qui nous incite à vous proposer de faire de l'invalidité du contrat un motif particulier de résiliation unilatérale, distinct du motif d'intérêt général, tient à ses conséquences, notamment sur les droits à indemnisation du cocontractant de la personne publique. Conformément à sa finalité, qui vise à faire prévaloir sur les droits nés du contrat des intérêts supérieurs et extérieurs dont est porteuse la personne publique, la résiliation pour un motif d'intérêt général ouvre en principe droit, pour le titulaire, à l'indemnisation de l'intégralité du préjudice qu'il subit du fait de cette décision. Il s'agit d'une forme de responsabilité sans faute, qui n'apparaît là encore pas adaptée à une résiliation fondée sur un vice interne au contrat dont l'existence constitue une faute imputable à une au moins et le plus souvent aux deux parties, même si cela peut être à des degrés divers.

En revanche, lorsque la résiliation du contrat est fondée sur son irrégularité, les droits à indemnisation du cocontractant ne peuvent être déterminés par référence au contrat. Lorsque le contrat est entaché d'une nullité qui entraîne sa disparition rétroactive, les prestations effectuées en exécution du contrat sont réglées sur le fondement de l'enrichissement sans cause si elles constituent des dépenses utiles pour la personne publique. Pour les autres préjudices, notamment ceux résultant de la cessation anticipée de l'exécution du contrat, ils peuvent être réparés sur le terrain de la responsabilité pour faute de la personne publique, à condition que l'irrégularité résulte d'une faute de sa part, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant des propres fautes du titulaire (CE Sect, 10 avril 2008, sté Jean-Claude Decaux et Dept des Alpes-Maritimes, n° 244950), faute qui doit être la cause du préjudice subi, ce qui n'est pas le cas lorsque l'irrégularité tient à un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence qui a permis au titulaire d'obtenir le marché (CE, 6 octobre 2017, sté Cégélec Perpignan, n° 395268, au rec).

La seule décision que peut prendre unilatéralement la personne publique étant la résiliation du contrat, qui met fin à son exécution pour l'avenir uniquement, les prestations exécutées antérieurement

à la résiliation devront être réglées en exécution du contrat. Les règles que nous venons de décrire ne s'appliqueront qu'aux préjudices nés de la résiliation et postérieurs à celle-ci.

Cette distinction entre résiliation et annulation quant aux modalités d'indemnisation vaut également lorsque la mesure est prononcée par le juge du contrat. Mais, à la différence de ce dernier qui peut prononcer la nullité du contrat en présence d'une irrégularité de nature à la justifier, c'est à dire d'une irrégularité d'ordre public, la personne publique cocontractante ne peut, quel que soit le motif d'irrégularité, même d'ordre public, prononcer que la résiliation du contrat. Si, en présence d'un vice d'ordre public, elle souhaite obtenir la nullité du contrat, elle doit saisir le juge. Les droits à indemnité dépendant des effets de la mesure prise et non de ses motifs, ce sont les règles applicables à l'indemnisation d'une résiliation qui s'appliqueront toujours, quel que soit le vice qui la justifie.

Cette inadaptation du régime de réparation des conséquences de la résiliation pour un motif d'intérêt général à la résiliation pour invalidité du contrat affecte également les clauses contractuelles limitatives de responsabilité, dont le contrat litigieux offre une illustration. Que ces clauses soient censées couvrir de la même façon la répartition de charges aussi différentes que celles résultant d'un motif d'intérêt général ou d'une irrégularité du contrat n'est pas satisfaisant.

Elles peuvent ainsi permettre à la personne publique d'échapper aux conséquences de la faute qu'elle a commise alors que telle n'était pas l'intention des parties. Enfin, il est au moins paradoxal de considérer qu'un contrat organiser les conséquences de sa propre irrégularité.

A tous points de vue, l'invalidité du contrat apparaît donc comme un motif de résiliation unilatérale différent de l'intérêt général et qui devrait donc en être distingué.

Reste un dernier obstacle à franchir, textuel celui-ci, qui ne concerne que les contrats de la commande publique. Le pouvoir de résiliation unilatérale de ces contrats et les motifs qui peuvent en justifier l'exercice sont désormais précisément codifiés dans le code de la commande publique. Il n'est pas seulement mentionné de manière générale au 5° de l'article L. 6, qui rappelle que "L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.", mais ses différents motifs sont énoncés aux articles L. 2195-2 à 6 pour les marchés publics et L. 3136-2 à 6 pour les concessions, qui évoquent successivement les trois motifs traditionnels que sont la faute grave du titulaire, la force majeure et l'intérêt général, et trois nouveaux motifs issus des directives du 28 février 2014, tirés de ce que le titulaire se trouve en cours d'exécution du contrat placé dans un cas d'exclusion, de ce que le contrat n'aurait pas du être attribué au titulaire en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union en matière de passation des commandes publiques qui a été reconnu par la Cour de justice ou enfin lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire au code de la commande publique. Se concrétise ainsi le risque inhérent à toute codification de la jurisprudence, qui est de la figer. Mais c'est un risque et non une intention du législateur, qui n'a pas entendu priver la jurisprudence administrative de son pouvoir d'adapter les règles aux situations qu'elles régissent,

d'autant moins lorsque ces règles sont elles-mêmes d'origine jurisprudentielle.

Comme nous l'avons vu, l'invalidité du contrat n'était jusqu'à présent qu'une hypothèse très marginale de résiliation unilatérale. Il n'est pas surprenant que le code ne l'ait pas spécialement identifiée et il serait regrettable, du point de vue de l'opportunité qu'il y aurait à la distinguer de l'intérêt général, que cela vous empêche de le faire.

Si le présent litige ne portait que sur l'appréciation du bien fondé de la résiliation, nous vous proposerions, après avoir posé les règles applicables à la résiliation unilatérale pour un motif tiré de l'irrégularité du contrat, de confirmer la solution de la cour car, comme nous l'avons vu, l'irrégularité qui entachait la conclusion du contrat était de nature, dans les circonstances de l'espèce, à en justifier la résiliation unilatérale.

Mais le fait de ne pas justifier la résiliation par un motif d'intérêt général mais par l'irrégularité du contrat a aussi une incidence sur l'application de la clause d'indemnisation, qui ne peut s'appliquer dans ce dernier cas.

Par ailleurs, vous ne pourrez procéder à la substitution de motifs que vous propose la communauté d'agglomération en défense, tirée de ce que le marché à bons de commande ne prévoyait aucun minimum, la société ne subirait aucun préjudice du fait de la résiliation. Mais si cette circonstance est en effet de nature à exclure toute indemnisation d'un manque à gagner trop éventuel, la résiliation peut être la cause directes d'autres préjudices.

Nous vous invitons donc à annuler l'arrêt en raison de l'erreur de droit commise par la cour se plaçant dans le cadre juridique de la résiliation pour motif d'intérêt général, afin qu'un débat s'engage entre les parties tant sur le bien fondé du motif d'irrégularité invoqué que sur les modalités de l'indemnisation qui en résultent.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

EPCMNC :

- Annulation des articles 1er et 3 de l'arrêt ainsi que du 4 en tant qu'il a rejeté les conclusions d'appel de la société CNE et au renvoi de l'affaire à la CAA de Nancy;
- A ce que vous mettiez à la charge de la cté d'agglomération Reims Métropole le versement à la CNE d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

Référence 8 : CE, 10 juillet 2020, société du Comptoir du Négoce Equipements, n°430864

Vu la procédure suivante :

La société Comptoir Négoce Equipements a demandé au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, à titre principal, d'ordonner la reprise des relations contractuelles pour la réalisation des trois lots du marché conclu le 17 juillet 2014 par la communauté d'agglomération Reims métropole, relatif à la fourniture de points lumineux et de supports de toutes natures pour les besoins liés à l'éclairage public et aux mises en lumière nécessaires aux travaux de gros entretien, d'extension et de modernisation des réseaux sur le territoire de la communauté

d'agglomération, à titre subsidiaire, de condamner la communauté d'agglomération Reims métropole à lui verser une somme de 447 827,87 euros pour la période allant du 17 juillet 2014 au 17 juillet 2015 ou une somme de 1 028 647,52 euros sur la durée du marché, assortie des intérêts au taux contractuel à compter de la notification de la demande préalable indemnitaire, enfin, de désigner un expert en vue de déterminer le montant du bénéfice net qu'elle aurait pu tirer de l'exécution des trois marchés pour les années 2015, 2016 et 2017.

Par un jugement n° 1500644 du 8 août 2017, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la demande tendant à la reprise des relations contractuelles ainsi que sur la demande indemnitaire à hauteur d'une somme de 348 019,80 euros au titre de la période allant du 1er janvier au 28 février 2015 et a condamné la communauté urbaine du Grand Reims, venue aux droits de la communauté d'agglomération Reims métropole, à verser à la société Comptoir Négoce Equipements une somme de 172 560,73 euros en réparation des préjudices subis du fait de la résiliation des trois lots, assortie des intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2015.

Par un arrêt n° 17NC02326 du 19 mars 2019, la cour administrative d'appel de Nancy a, sur appel formé par la communauté urbaine du Grand Reims, annulé ce jugement en tant qu'il l'a condamnée à verser à la société Comptoir Négoce Equipements une somme de 172 560,73 euros en principal, supprimé un passage du premier mémoire en défense de cette société et rejeté le surplus des conclusions des parties.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 mai et 20 août 2019 et 15 juin 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Comptoir Négoce Equipements demande au Conseil d'Etat:

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;
- 3°) de mettre à la charge de la communauté urbaine du Grand Reims la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code des marchés publics ;
- l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ;
- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la communauté d'agglomération Reims métropole a lancé une procédure de passation sous la forme d'un appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture de points lumineux, supports et pièces détachées. Ce marché public a été décomposé en trois lots distincts ayant pour objet la fourniture de points lumineux (lot n° 1), la fourniture de supports (lot n°2) et la fourniture de pièces détachées (lot n°3). Ces trois lots ont été attribués à la société Comptoir Négoce Equipements, qui a commencé l'exécution des prestations le 1er janvier 2015. Le 5 février 2015, la communauté d'agglomération Reims métropole l'a toutefois informée de la résiliation des trois lots à compter du 1er avril 2015 en raison de l'irrégularité entachant la

procédure de passation du marché. Saisi par la société Comptoir Négoce Equipements d'une demande tendant à la reprise des relations contractuelles, assortie de conclusions indemnitaires, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a, par un jugement du 8 août 2017, constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions en reprise des relations contractuelles, puis condamné la communauté urbaine du Grand Reims, venue aux droits de la communauté d'agglomération Reims métropole, à verser à cette société une somme de 172 560,73 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2015, en réparation des préjudices subis, au titre de l'année 2015, du fait de la résiliation de ces lots. La communauté urbaine du Grand Reims a relevé appel de ce jugement et, par la voie de l'appel incident, la société Comptoir Négoce Equipements a contesté le jugement en tant qu'il n'a pas indemnisé les préjudices qu'elle estime avoir subis au titre des années 2016 et 2017. Par un arrêt du 19 mars 2019, contre lequel la société Comptoir Négoce Equipements se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nancy a essentiellement annulé le jugement du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en tant qu'il a condamné la communauté urbaine du Grand Reims à verser à la société une somme de 172 560,73 euros et rejeté le surplus des conclusions des parties. Eu égard aux moyens soulevés, le pourvoi doit être regardé comme dirigé contre l'arrêt attaqué en tant qu'il a partiellement annulé le jugement du 8 août 2017 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne puis rejeté les conclusions d'appel incident de la société requérante.

2. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant.

3. Dans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. Après une telle résiliation unilatéralement décidée pour ce motif par la personne publique, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant de la cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Saisi d'une demande d'indemnité sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice.

4. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 29 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics de fournitures courantes et de services, applicable en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux : " Le pouvoir adjudicateur peut également mettre fin, à tout moment, à l'exécution des prestations pour un motif d'intérêt général (...) ".

5. Aux termes du IV de l'article 6 du code des marchés publics, alors en vigueur, désormais repris à l'article R. 2111-7 du code de la commande publique : " Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou

d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent" (...). Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu d'examiner si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits, puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle.

6. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Nancy a souverainement jugé, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, au vu notamment d'autres marchés dans lesquels les documents de la consultation comportaient la mention "ou équivalent" au titre des spécifications techniques, que l'omission de cette mention dans le marché en litige avait eu pour effet de favoriser la candidature de la société Comptoir Négoce Equipements. Toutefois, la cour a commis une erreur de droit en en déduisant que cette irrégularité justifiait la résiliation du contrat en litige par la communauté d'agglomération du Grand Reims par application des stipulations contractuelles citées au point 4, sans rechercher si cette irrégularité pouvait être invoquée par la personne publique au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et si elle était d'une gravité telle que, s'il avait été saisi, le juge du contrat aurait pu prononcer l'annulation ou la résiliation du marché en litige, et, dans l'affirmative, sans définir le montant de l'indemnité due à la société requérante conformément aux règles définies au point 3.

7. Si la communauté urbaine du Grand Reims soutient, en défense, que la société requérante ne peut prétendre à aucune indemnisation au motif que le contrat en litige est un marché à bons de commande sans minimum contractuel, cette demande de substitution de motifs ne peut être retenue dès lors qu'il ne résulte pas des règles énoncées au point 3 que le titulaire d'un tel marché n'aurait, par principe, aucun droit à indemnité dans ce cas de résiliation du contrat.

8. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que la société Comptoir Négoce Equipements est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il a partiellement annulé le jugement du 8 août 2017 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne puis rejeté ses conclusions d'appel.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la communauté urbaine du Grand Reims le versement à la société Comptoir Négoce Equipements d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de cette société qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1er : Les articles 1er et 3 de l'arrêt du 19 mars 2019 de la cour administrative d'appel de Nancy, ainsi que son article 4 en tant qu'il a rejeté les conclusions d'appel de la société Comptoir Négoce Equipements, sont annulés.

Article 2 : L'affaire est renvoyée, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Nancy.