

Séance n°4 : Le contrat administratif

Avocat(e), vous êtes contacté(e) par le maire de la commune de Meylan. Il s'interroge sur un certain nombre de questions soulevées par des dossiers mettant en cause sa commune.

1°/ La commune a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché de fourniture de matériel de jeu pour ses jardins publics. Au terme de la procédure, la société Toys s'est vue attribuer ce marché. Toutefois, le maire a été informée par une société évincée de ce marché, la société Kings, que cette dernière envisageait de le contester en justice au motif que le mari de la présidente de la commission d'appel d'offres (en charge de sélectionner les offres) est le PDG de la société Toys. Alors que le marché est déjà en cours d'exécution, le maire vous demande si la commune est exposée à un risque juridique d'une remise en cause de la procédure d'attribution du marché et de marché lui-même par la société Kings. Il demande également si la commune est en droit de mettre fin à l'exécution de ce marché à raison de son irrégularité.

Au terme d'une procédure de passation, la commune de Meylan a conclu un marché de fourniture avec la société Toys. Alors que le contrat est en cours d'exécution, le maire de la commune apprend qu'une société concurrente entend contester le contrat en raison d'une irrégularité ayant entaché sa procédure de passation.

Il convient de s'interroger sur la nature du contrat (I) avant d'éclairer la commune sur les risques contentieux découlant de cette irrégularité (II) ainsi que sur la faculté dont dispose la commune de résilier le contrat (III).

I- Sur l'administrativité du contrat

En droit, l'article L. 6 du CCP dispose que tout contrat de la commande publique passé par une personne publique est un contrat administratif.

L'article L. 1111-1 du CCP définit le marché public comme un contrat de la commande publique, conclu entre un acheteur et un opérateur économique, permettant de répondre aux besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

En l'espèce, le contrat litigieux est un marché public de fourniture, donc un contrat de la commande publique, qui a été passé par la commune de Meylan (donc une personne publique). Il résulte ainsi de ce qui précède que le contrat est un contrat administratif qui pourra ainsi être contesté devant le juge administratif et qui pourra se voir appliquer les règles générales applicables aux contrats administratifs.

II- Sur les risques contentieux

En droit, les tiers aux contrats, et plus spécifiquement les concurrents évincés, disposent de plusieurs voies de droit en vue de contester l'irrégularité d'un contrat administratif.

En premier lieu, ces derniers peuvent, avant que le contrat ne soit signé, exercer un **référé précontractuel**.

S'ils n'ont pas été en mesure de former un référé précontractuel (s'ils n'ont pas été informé de la signature du contrat notamment), les tiers intéressés peuvent également saisir le juge d'un **référé contractuel**, dans un délai de 31 jours à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat (ou 6 mois le cas échéant). Les tiers susceptibles d'exercer ce recours doivent avoir un

intérêt à conclure le contrat ou être susceptibles d'être lésés par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence (L. 551-14 CJA). Le juge des référés pourra notamment prononcer l'annulation du contrat en cas de méconnaissance des règles de mise en concurrence, à moins que cette annulation ne se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, il pourra le cas échéant en prononcer la résiliation, une réduction de sa durée ou des pénalités financières (L. 551-19 CJA).

Les tiers au contrat disposent également de la possibilité de former un recours au fond.

En effet, s'ils ne peuvent plus attaquer pour excès de pouvoir les actes détachables du contrat tels que le choix du cocontractant ou la délibération autorisant la conclusion du contrat, ils peuvent saisir le juge du plein contentieux d'un recours en annulation du contrat (**CE, ass., 16 juil. 2007, Soc. Tropic signalisation ; CE, 2014, Département Tarn et Garonne**).

Ce recours est notamment ouvert aux concurrents évincés, dans un délai de 2 mois à compter des mesures de publicité du contrat (ou 1 an en l'absence de mesure de publicité). Le tiers doit démontrer qu'il est lésé de façon suffisamment directe et certaine : en particulier la lésion d'un intérêt économique. Cet intérêt à agir est toutefois apprécié largement par le juge administratif : ainsi tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature ou qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre, ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable présente un intérêt à agir (**CE, avis, 11 avril 2012, Sté Gouelle**).

Ceux-ci ne peuvent soulever que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office (**CE sect., 5 février 2016, Soc. Voyage Guirette**). Seuls sont susceptibles de conduire à l'annulation du contrat l'illicéité de son contenu, un vice du consentement ou tout autre vice d'une particulière gravité. Dans les autres cas ou lorsque l'annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, le juge de plein contentieux pourra ordonner sa régularisation ou sa résiliation, le cas échéant avec un effet différé.

Les requérants peuvent par ailleurs assortir leur recours « Tarn et Garonne » d'un **référé suspension**, visant à suspendre l'exécution du contrat lorsque l'urgence le justifie et en présence d'un doute sérieux sur la légalité du contrat.

Enfin, le Conseil d'Etat a jugé, par une décision du 25 novembre 2021 publiée au recueil Lebon, qu'« au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, qui implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat » et que « l'existence d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure d'attribution du marché [était] constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat ». Il en a ainsi conclu que, sans même qu'il soit besoin de relever une intention de la part de la personne publique acheteuse de favoriser un candidat, « eu égard à sa nature, la méconnaissance de ce principe d'impartialité était par elle-même constitutive d'un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat à l'exclusion de toute autre mesure » (**CE, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466**).

En l'espèce, la société Kings a participé à la procédure de passation du marché public mais n'a pas été l'opérateur choisi par la commune. En sa qualité de concurrent évincé, elle dispose donc d'un intérêt à agir devant le juge pour contester le contrat.

Toutefois, le contrat conclu par la commune est déjà en cours d'exécution. La société Kings ne pourra donc pas former de référé précontractuel.

En revanche, nous ne savons pas si la commune a notifié à la société Kings le rejet de sa candidature ni si un avis d'attribution du marché a été publié. Si tel n'est pas le cas, la société Kings pourrait disposer de la possibilité de former un référé contractuel à l'encontre du contrat, dans un délai de 6 mois à compter de la signature du contrat (dans l'hypothèse toujours d'une absence de publicité). Dans un tel cas, la société requérante pourra se prévaloir de l'absence d'impartialité de la commission d'appel d'offres dès lors que le mari de sa présidente est le PDG de la société attributaire. Un tel manquement dans la procédure de passation pourra justifier une annulation du contrat.

La société Kings dispose également de la possibilité, sans doute plus probable, de saisir le juge du fond d'un recours en contestation de la validité du contrat (qu'elle pourra assortir d'un référé suspension). Ce recours devra toutefois être formé dans un délai de 2 mois à compter des mesures de publicité du contrat, sous peine d'irrecevabilité.

En application de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée, le manque d'impartialité de la commission d'appel d'offres constitue un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat. Elle n'aura donc pas besoin de prouver que ce vice est en rapport direct avec l'intérêt lésé dont elle se prévaut. En présence d'un tel vice, qui n'est pas régularisable, le juge du contrat sera dans l'obligation de prononcer l'annulation totale du contrat.

Enfin, tant devant le juge des référés que devant le juge du fond, la commune pourra tenter de faire valoir que l'annulation du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général (référé) ou portera une atteinte excessive à l'intérêt général (recours au fond) pour tenter, a minima, d'obtenir une annulation à effet différé ou la simple résiliation du contrat. Mais cela semble avoir peu de chance d'aboutir en l'espèce, eu égard à l'objet du contrat (à savoir la fourniture de matériel de jeu pour les jardins publics de la commune).

En conclusion, si la société Kings forme un recours dans le délai contentieux, elle a de grandes chances d'obtenir l'annulation du contrat.

III- Sur la possibilité pour la commune de résilier le contrat pour irrégularité

En droit, la personne publique contractante dispose de pouvoirs exorbitants lui permettant de résilier unilatéralement ses contrats. Elle peut le faire en raison d'une faute de son cocontractant (**CE, 1983, SARL Comexp**, codifiée au 5° de l'art. L. 6 du CCP) ou encore pour un motif d'intérêt général (**CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval**, L. 6 du CCP).

Le Conseil d'Etat a également reconnu la possibilité pour la personne publique contractante de résilier pour illégalité le contrat lorsque celui-ci est 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 mais ce, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles (**CE, 22 juil. 2020, Sté Comptoir Négoce Equipements**).

En l'espèce, la société Toys n'a pas commis de faute justifiant la résiliation unilatérale du contrat. Aucun motif d'intérêt général ne pourrait également justifier une résiliation pour motif d'intérêt général.

En revanche, la question d'une résiliation unilatérale pour irrégularité se pose. En effet, comme vu supra, le vice entachant le contrat passé par la commune de Meylan est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation. Toutefois, la commune pourra difficilement faire valoir qu'elle n'était pas informée de l'existence d'un conflit d'intérêt dans le

cadre de la procédure de sélection du titulaire du contrat. Ainsi, au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, elle ne pourra pas résilier unilatéralement le contrat pour irrégularité.

2°/ La commune est inquiète pour la pérennité du fonctionnement de sa piscine municipale. En effet, à la suite de l'attaque de la Russie en Ukraine et le renchérissement des coûts de l'énergie qui en est résulté, la gestion de cet équipement est devenue déficitaire. La société Buclos à qui a été concédée la gestion de cet équipement affirme ne plus être en mesure de faire fonctionner le centre aquatique et menace de cesser son activité à partir de l'été prochain si les conditions de la concession ne sont pas renégociées. Le maire s'interroge sur les solutions qui s'offrent à la commune.

La commune a concédé la gestion de sa piscine municipale à la société Buclos. Suite à la hausse du coût de l'énergie résultant de la guerre en Ukraine, la société concessionnaire affirme ne plus être en mesure d'assurer ses obligations contractuelles. Afin d'éclairer la commune quant aux solutions dont elle dispose (II), il est d'abord nécessaire de caractériser l'administrativité du contrat (I).

I- Sur l'administrativité du contrat

En droit, l'article L. 6 du CCP dispose que tout contrat de la commande publique passé par une personne publique est un contrat administratif.

L'article L. 1121-1 du CCP définit la concession comme un contrat de la commande publique par lequel un acheteur concède à un opérateur économique l'exécution de travaux ou la gestion d'un service, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

En l'espèce, la commune, personne morale de droit public, a conclu une concession de service avec la société Buclos afin de lui concéder la gestion de sa piscine municipale. En vertu de l'article L. 6 du CCP, le contrat litigieux est donc un contrat administratif. Les règles générales applicables aux contrats administratifs pourront donc être mobilisées dans le cadre de l'exécution de ce contrat.

II- Sur les solutions dont dispose la commune

En droit, le Conseil d'Etat, par sa décision « **Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux** » de 1916, a jugé qu'en présence d'un bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat dû à un événement extérieur aux parties et imprévisible, le cocontractant de l'administration avait droit à une indemnité (une part d'aléa contractuel, généralement de l'ordre de 5-10 %, étant toutefois laissée à la charge du cocontractant). Cette jurisprudence est aujourd'hui codifiée à l'article L. 6 du CCP.

L'événement en cause doit être imprévisible au moment de la conclusion du contrat, ainsi la hausse du prix d'une matière première « *régulièrement soumis à de fortes variations* » ne constitue pas un événement imprévisible (**CAA Nancy, 27 janv. 2011, Sté Eurovia Champagne**).

Toutefois, le Conseil d'Etat a précisé que l'imprévision ne peut jouer que si le cocontractant continue à exécuter ses obligations : s'il renonce de lui-même à poursuivre l'exécution du contrat,

il perd le bénéfice de l'indemnité d'imprévision, en même temps qu'il commet une faute de nature à justifier la prise de sanctions par l'administration (**CE, 5 nov. 1982, *Sté Propétrol***).

Dans le cas où le bouleversement de l'économie du contrat se révèle définitif, l'imprévision se transforme alors en cas de force majeure justifiant la résiliation du contrat (**CE 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg***).

Par ailleurs, dans un **avis rendu en Assemblée générale le 15 septembre 2022**, dans le contexte de la guerre en Ukraine et des conséquences économiques en ayant résulté, le Conseil d'Etat a rappelé les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision mais a également souligné que de telles circonstances pouvaient justifier une modification du contrat, dans le respect des conditions posées par le CCP. Il a notamment indiqué que, sous réserve que de telles modifications ne changent pas la nature globale du contrat, celles-ci pouvaient concerner les conditions d'exécution des prestations, le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination.

En l'espèce, la société concessionnaire assure qu'en raison du renchérissement des coûts de l'énergie consécutif à la guerre en Ukraine, un événement extérieur aux parties au contrat pouvant être considéré comme imprévisible (sauf à ce que le contrat en question ait été conclu après le début de la guerre), son activité est devenue déficitaire. L'équilibre du contrat est ainsi bouleversé.

Elle indique en outre qu'elle n'est plus en mesure de faire fonctionner le centre aquatique et menace de cesser son activité à partir de l'été prochain si les conditions du contrat ne sont pas renégociées. Si l'exploitation de la piscine municipale devient effectivement plus coûteuse, il ne semble pas qu'elle en devienne pour autant définitivement impossible.

Dans ces conditions, premièrement, la société cocontractante remplissant les conditions de la théorie de l'imprévision, la commune contractante peut proposer à la société de l'indemniser des pertes qu'elle subit en raison de cette hausse des coûts de l'énergie, à hauteur de 90-95% des frais. Si toutefois la société était amenée à interrompre l'exécution du contrat, elle ne pourrait plus se prévaloir de cette indemnité et la commune pourrait sanctionner la société (par des pénalités, voire par la résiliation du contrat ou sa mise en régie), sauf à ce que l'exécution du contrat soit rendue impossible, dès lors, le cocontractant est libéré de ses obligations contractuelles et pourra être indemnisé des pertes subies.

Alternativement, la commune peut proposer une modification du contrat et, par exemple, pourrait proposer une renégociation des tarifs d'entrée dans la piscine. La modification ne devra toutefois pas être telle qu'elle en changerait la nature du contrat (la modification dans les conditions de rémunération du cocontractant ne devra pas être telle que la concession doive être requalifiée en un marché public par exemple).

3°/ La commune est liée depuis de nombreuses années avec la société Orange par un contrat de fourniture des services téléphoniques et internet aux services municipaux. A la suite de la chute du poteau soutenant la ligne aérienne de télécommunications alimentant la commune en décembre 2024, cette dernière s'est trouvée privée de communication par téléphone et internet. Aussi envisage-t-elle d'engager une action en justice afin qu'il soit enjoint à la société Orange de prendre toute mesure nécessaire pour rétablir les

télécommunications sur la commune. Le maire vous interroge sur l'ordre de juridiction compétente pour connaître de ce recours.

La commune a conclu un contrat avec la société Orange, chargée d'alimenter les services municipaux en services téléphoniques et internet. La commune s'interroge sur l'ordre de juridiction compétent pour connaître de tout litige relatif à l'exécution de ce contrat.

En droit, le juge administratif est compétent pour connaître des litiges relatifs aux contrats administratifs. L'article L. 6 du CCP dispose que tout contrat de la commande publique passé par une personne publique est un contrat administratif.

L'article L. 1111-1 du CCP définit le marché public comme un contrat de la commande publique, conclu entre un acheteur et un opérateur économique, permettant de répondre aux besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

L'article L. 1121-1 du CCP définit la concession comme un contrat de la commande publique par lequel un acheteur concède à un opérateur économique l'exécution de travaux ou la gestion d'un service, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

Par ailleurs, le juge des référés du Conseil d'Etat, sur un cas d'espèce similaire a qualifié de marché public un contrat conclu à titre onéreux par une commune avec un opérateur économique, en vue de répondre à ses besoins en matière de services de télécommunications (**CE, juge des référés, 25 septembre 2020, n° 432727**).

En l'espèce, le contrat a été conclu entre la commune (une personne publique acheteuse) et la société Orange (opérateur économique) en vue de répondre à ses besoins en matière de services téléphoniques et internet.

En l'absence de précision supplémentaire, il peut être supposé que les services pris en charge par la société Orange le sont en contrepartie d'un prix ou bien du droit d'exploiter le service (ou de ce droit assorti d'un prix).

Le contrat pourra donc être qualifié de marché public de service (comme dans le cas similaire jugé par le Conseil d'Etat le 25 septembre 2020) ou concession de service, soit, quoi qu'il en soit, un contrat de la commande publique. Dès lors, ayant été passé par la commune, le contrat présente le caractère d'un contrat administratif par détermination de la loi. Le juge compétent est donc le juge administratif.