

Décision refusant de mettre fin à l'exécution d'un contrat de concession : modalités de recours

Par une décision en date du 12 avril 2021, le Conseil d'État illustre les difficultés de mise en œuvre du recours contestant le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat, et confirme le champ restreint de ce recours eu égard aux moyens invocables par les tiers.

« La mutation contemporaine du droit de la commande publique »⁽¹⁾ se poursuit, les tiers aux contrats administratifs disposant désormais d'un panel de recours leur permettant de saisir le juge du contrat d'une demande tendant à mettre un terme à un contrat administratif.

Après avoir ouvert à l'ensemble des tiers le recours en contestation de validité du contrat dans sa décision *Tarn-et-Garonne*⁽²⁾, le Conseil d'État a admis, dans le cadre d'une décision en date du 30 juin 2017 *Transmanche*⁽³⁾, que les tiers puissent saisir le juge du contrat d'un recours contestant le refus de mettre fin à un contrat.

Le juge administratif confirme donc que le recours pour excès de pouvoir reste une voie de droit marginale en matière de contentieux des contrats de la commande publique, désormais également fermée à l'encontre des actes détachables relatifs à l'exécution du contrat⁽⁴⁾.

Les tiers peuvent ainsi saisir le juge du contrat dans le cadre de différents recours, le juge du contrat disposant quant à lui des mêmes pouvoirs, notamment de mettre fin à l'exécution dudit contrat.

Ces possibilités restent, en réalité, restreintes, compte tenu notamment des moyens invocables énumérés dans ces décisions de principe, et de la nécessité de justifier d'un intérêt lésé.

La décision du 12 avril 2021 est en l'illustration.

Auteurs

Claire Mc Donagh
Avocat à la Cour

Christophe Cabanes
Avocat associé
Cabanes Avocats

Références

CE 12 avril 2021, req. n° 436663

(1) J.-M. Sauvé, « Les mutations contemporaines du droit de la commande publique », Conférence de presse du mardi 3 juin 2014.

(2) CE 4 avril 2014, Département Tarn-et-Garonne, req. n° 358994, *Rec. CE*.

(3) CE 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité Transmanche (SMPAT), req. n° 398445, *Rec. CE*.

(4) CE 24 avril 1964, SA LIC, req. n° 53518.

La restriction des moyens invocables selon les recours et les tiers

C'est dans son arrêt *Smirgeomes* du 3 octobre 2008^[5] que le Conseil d'État a fait de la lésion une condition du caractère opérant des moyens invocables dans le cadre d'un référé précontractuel. Il appartient ainsi au juge des référés précontractuels de rechercher si le requérant qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou qui risquent de l'avoir lésé.

La lésion doit également guider le juge administratif dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat puisque les tiers doivent justifier d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par l'une de ses clauses.

En outre, le manquement invoqué doit être en lien direct avec l'intérêt lésé dont le tiers se prévaut : ainsi, un concurrent évincé ne peut invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction^[6].

C'est à nouveau ce que retient le Conseil d'État dans la décision *Transmanche* du 30 juin 2017, puisqu'il admet qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat est recevable à saisir le juge d'un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat.

Au-delà de la lésion à démontrer, les tiers ne peuvent utilement invoquer que certains moyens, en rapport avec cet intérêt susceptible d'être lésé.

La décision du 12 avril 2021 est l'une des premières illustrations des moyens invocables par les tiers dans le cadre de ce recours, confirmant ainsi les limites fixées à sa mise en œuvre, que le rapporteur public Gilles Pellissier avait annoncées dans ses conclusions sous la décision *Transmanche* : « plus efficace, mieux adaptée, cette voie de recours n'en demeurera pas moins aussi étroite que celle de l'acte détachable et ne sera probablement guère plus utilisée qu'elle »^[7].

Par une première décision en date du 30 novembre 2018, le Conseil d'État avait déjà jugé que la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers et de l'arrêté du 4 août 2006 pris pour son application dans le cadre de l'exécution de marchés publics n'était pas constitutive d'inexécution d'obligations contractuelles qui, par

leur gravité, compromettraient manifestement l'intérêt général et justifieraient qu'il soit mis fin à l'exécution de ces contrats. La Haute juridiction relevait notamment l'absence « d'intention frauduleuse » de la part du GIE attributaire desdits marchés^[8].

Dans la décision du 12 avril 2021, le litige concernait une convention de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique conclue par le syndicat département d'énergie et d'équipement du Finistère (SDEF) avec la société Électricité de France (EDF) dont le champ d'application territorial a été étendu à l'île de Sein par un avenant du 4 juin 1993.

Par un courrier en date du 2 novembre 2016, soit près de vingt-trois ans après la conclusion de l'avenant, la société Île de Sein Énergie (IDSE) a demandé au SDEF de mettre fin à l'exécution de cette convention en tant qu'elle concernait l'île de Sein.

La société sollicitait également que la concession lui soit « transférée ».

À la suite du refus du SDEF, fondé sur l'exclusivité de la gestion du réseau de distribution d'électricité sur l'île de Sein, l'ISDE a saisi le tribunal administratif de Rennes pour constater l'illégalité de la convention.

La requête ayant été rejetée en première instance et en appel, la société ISDE s'est pourvue en cassation.

Saisissant l'opportunité, le Conseil d'État vient préciser les moyens invocables dans le cadre d'un recours tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat. Il rappelle tout d'abord qu'il s'agit des moyens tirés de ce que :

- la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
- le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ;
- la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

La société ISDE soutenait que le fait de désigner EDF comme seul et unique gestionnaire du réseau de distribution électrique sur l'île de Sein était contraire aux dispositions de la directive du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, compte tenu de l'incidence environnementale de la production électrique sur l'île de Sein par la société EDF et du frein à la réalisation des objectifs prévus par celle-ci.

Le Conseil d'État rejette ce moyen, considérant que ces dispositions et les motifs de la directive, qui ne fixent que des objectifs et n'ont pas de valeur juridique contraignante, ne constituent pas un motif d'intérêt général imposant la résiliation de la convention.

La société ISDE soutenait également que la convention avait été irrégulièrement attribuée à la société EDF,

[5] CE 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, req. n° 305420, *Rec. CE*.

[6] CE 9 novembre 2018, Société CERBA, req. n° 420654 et n° 420663.

[7] Conclusions de Gilles Pellissier sous CE 30 juin 2017, précité.

[8] CE 30 novembre 2018, GIE des huissiers de justice, req. n° 416628, *Rec. CE tables*.

en l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État écarte ce moyen, en précisant que, sauf circonstances particulières, la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas susceptible d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office.

La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ne peut donc justifier le terme du contrat dans le cadre d'un recours contestant le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif.

Il appartiendra aux juges de préciser le cas échéant quelles seraient les circonstances particulières qui pourraient justifier que soit mis un terme à l'exécution d'un contrat en raison d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence.

On peut penser que dans le droit fil de la jurisprudence relative aux recours afin d'annulation du contrat, les circonstances particulières seront notamment liées à la volonté de la personne publique de favoriser indûment l'attributaire par rapport aux autres opérateurs économiques^[9].

La résiliation ou l'annulation du contrat étant réservées à des cas où le lien entre le vice de procédure et la volonté de favoriser est caractérisé^[10].

Les différents recours ouverts aux tiers ont un champ d'application restreint

Cette décision a également été l'occasion de rappeler le champ d'application distinct des différents recours ouverts aux tiers pouvant être qualifiés de « concurrent évincé » ou « concurrent potentiel ».

En effet, c'est précisément en cas de méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence que le juge administratif peut être amené, dans le cadre d'un recours en référé précontractuel, à annuler la procédure de passation d'un marché public ou d'un contrat de concession, dès lors que le manquement ou l'irrégularité en cause a, ou est susceptible, d'avoir lésé le candidat évincé.

De la même façon, en l'absence de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés contractuel doit prononcer la nullité du contrat

lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ou lorsque a été omise une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, dans le cas où une telle publication est prescrite^[11].

Dans le cadre de ces recours, la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence est susceptible non pas seulement d'entraîner la résiliation du contrat par le juge, mais également son annulation, c'est-à-dire la disparition rétroactive du contrat de l'ordonnement juridique.

Les tiers « concurrent évincé » et « potentiel » disposent ainsi de voies de droit spécifiquement liées à la procédure de passation leur permettant de contester les irrégularités liées à cette dernière. En revanche, dans le cadre d'un recours à l'encontre d'une décision de refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat, la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas d'une gravité telle qu'elle ne permettrait pas la poursuite de l'exécution du contrat.

Les candidats évincés ou potentiels peuvent seulement contester les modalités de publicité et de mise en concurrence dans le cadre d'un référé précontractuel, ou d'un recours en contestation de validité du contrat.

En revanche, une fois ces voies de recours fermées, ils ne peuvent utiliser la voie du recours *Transmanche* pour contester les modalités de passation du contrat administratif.

En ce sens, le recours *Transmanche* n'est pas une voie de « rattrapage » dans l'hypothèse où les tiers candidats évincés n'auraient pas contesté les modalités de publicité et de mise en concurrence soit en référé précontractuel, soit en référé contractuel, ou encore dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat.

La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ne justifie donc pas la résiliation d'un contrat administratif qui n'aurait pas été contesté par les tiers dans le cadre des voies de recours spécifiquement prévues pour contester la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence par les acheteurs publics et les autorités concédantes.

En conclusion, à chaque voie de recours son objet, l'office du juge et les moyens invocables étant conditionnés par la voie de recours utilisée par le tiers « concurrent potentiel » ou « concurrent évincé » pour contester le contrat.

[9] CAA Marseille 26 avril 2021, n° 20MA01151 ; CAA Marseille 11 janvier 2021, req. n° 19MA00013 ; CAA 16 mars 2021, req. n° 19LY01852 ; CAA Nantes 22 janvier 2012, req. n° 19NT03692 ; CE 10 décembre 2020, req. n° 432602 ; CE 10 juillet 2020, req. n° 434353 ; CE 21 octobre 2019, req. n° 416616 : dans le cas où la candidature de l'attributaire a été irrégulièrement admise mais sans élément révélant la volonté de le favoriser.

[10] Voir *a contrario* : CAA Paris 31 mars 2021, req. n° 18PA02799 ; CE 28 février 2020, req. n° 426162.

[11] CJA, art. L. 551-18.

La recherche d'un équilibre entre le principe d'égalité et la sécurisation des contrats de la commande publique

Si la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence peut entraîner l'annulation de la procédure de passation dans le cadre d'un référé précontractuel, l'annulation du contrat en l'absence de toute mesure de publicité dans le cadre d'un référé contractuel, la résiliation voire l'annulation en cas de manquement d'une particulière gravité dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat, elle ne peut justifier que soit mis un terme au contrat administratif dans le cadre d'un recours contre une décision refusant de mettre fin à l'exécution du contrat.

En distinguant clairement les moyens invocables par les tiers aux contrats administratifs dans ce cadre, le Conseil d'État se place de nouveau en faveur de la sécurité juridique des contrats administratifs.

En effet, contrairement au recours en contestation de validité du contrat, le recours *Transmanche* n'est pas soumis à un délai et peut être introduit à tout moment de l'exécution du contrat, sous réserve d'introduire une demande préalable à l'acheteur public.

Le Conseil d'État restreint donc, en dehors de « circonstances particulières », les possibilités de résiliation du contrat en cas de méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, qui ne sont pas susceptibles de justifier que soit mis un terme à l'exécution du contrat.

L'efficacité du recours *Transmanche* paraît donc limitée et il ne devrait pas donc pas susciter un engouement particulier auprès des tiers au contrat.

C'est la conséquence du choix du Conseil d'État de préserver l'équilibre entre « les exigences de la légalité, de l'intérêt général et de stabilité des relations contractuelles, dans le respect des droits créés »^[12].

Les voies et délais de recours étant distincts, les manquements liés à la procédure de passation du marché public ou du contrat de concession ne pourront être invoqués que de façon limitée dans le temps.

Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices seront donc bien avisées de prendre les mesures de publicité appropriées liées à l'attribution du contrat pour faire courir le délai de recours en contestation de validité du contrat.

Les tiers quant à eux devront donc être particulièrement vigilants aux délais de recours et à la temporalité de la saisine du juge, que ce soit dans le cadre des procédures d'urgence ou au fond, les mêmes moyens n'étant pas invocables selon le type de recours utilisé et intenté par les concurrents évincés, ou par les potentiels concurrents.

La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence justifiera le cas échéant la résiliation d'un contrat seulement dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat, et sous réserve en outre que cette résiliation ne soit pas contraire à l'intérêt général ou dans le cadre de ce nouveau recours dit *Transmanche* au cas particulier qui reste à préciser de « circonstances particulières » justifiant cette sanction ultime dont on pressent qu'elles devraient concerner l'hypothèse particulière et somme toute assez rare où le vice de procédure traduit une volonté caractérisée de favoriser l'attributaire.

[12] Conclusions de Gilles Pellissier sous CE 30 juin 2017, précité.