

Intérêt général : l'évolution permanente

Lorsque le juge administratif envisage de prononcer une sanction à l'égard d'un contrat conclu par une personne publique, il lui appartient de prendre en compte une éventuelle « atteinte excessive à l'intérêt général » pour décider de faire ou non usage de son pouvoir d'annulation et/ou de résiliation, et cela qu'il soit saisi par les parties au contrat⁽¹⁾ ou par un tiers⁽²⁾.

La continuité de l'action publique doit donc être prise en compte par le juge dans sa prise de décision.

Mais trop préserver cette continuité du service pourrait conduire à faire perdre tout effet au contrôle du contrat par le juge.

Pour reprendre les mots de Gilles Pellissier, ce qui est en jeu c'est « la détermination par le juge du contrat de la façon d'assurer le meilleur équilibre entre l'effectivité des règles de la commande publique et la continuité du service public »⁽³⁾.

L'équilibre à trouver entre continuité du service et respect du droit peut alors passer par un « aménagement de la sanction » consistant à en différer les effets pour permettre à la personne publique de s'y adapter.

Sorte de Janus Bifrons, la continuité du service peut donc alternativement s'opposer au prononcé d'une sanction ou constituer seulement un motif justifiant un différé de son application.

Le choix à opérer est d'autant plus délicat pour le juge que tout est véritablement question d'espèce.

Ainsi, le Conseil d'État a récemment censuré une décision qui avait annulé un marché public en différant dans le temps l'application de la sanction⁽⁴⁾.

La Haute juridiction a en effet vu dans la nécessité de préserver la continuité des prestations compte tenu de « l'enjeu majeur de santé publique que représente le dépistage du cancer colorectal (...) » un motif s'opposant à toute annulation ou résiliation du contrat.

En sens inverse, à propos de marchés publics de restauration municipale⁽⁵⁾ ou de relevé et maintenance de compteurs⁽⁶⁾, le Conseil d'État a refusé de voir dans la continuité de l'exécution des prestations « une raison impérieuse d'intérêt général [s'opposant] au prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation ».

La nécessité de préserver la continuité du service a ici seulement conduit la Haute juridiction à différer l'annulation des marchés à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'intervention des décisions.

On mesure la difficulté de la mission confiée au juge à ce stade de sa réflexion sur le dossier qui est lui est soumis.

L'intensité de son contrôle, probablement influencé par des enjeux sociaux et éventuellement économiques ne va-t-elle pas conduire

à un classement des actions publiques entre celles qui seraient plus ou moins préservées de la sanction du juge et les autres ?

On pense ainsi par exemple aux secteurs anciennement dits « d'utilité publique » (eau, énergie, transport) dont les contrats échapperaient à la rigueur de la sanction du juge à la différence d'autres secteurs moins « essentiels » au risque évidemment d'encourir la critique⁽⁷⁾.

Faut-il alors pour le juge s'orienter vers une prise en compte de la gravité de la faute reprochée à la personne publique alors qu'il s'agit normalement d'une étape préalable et distincte de celle consistant à prendre en compte une éventuelle « atteinte excessive à l'intérêt général » ?

Plus globalement, jusqu'où le juge doit-il aller dans la prise en compte des contraintes propres à la personne publique sanctionnée ?

Cette question se pose tant au stade du choix de la sanction qu'au stade des modalités de sa mise en œuvre, car différer une décision d'annuler ou de résilier un contrat pour permettre son exécution en tout ou partie ne peut se résumer à prendre en compte la durée minimale de mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'attribution.

Une telle durée varie en effet nécessairement en fonction de la personne publique concernée qui, selon sa taille et son organisation, dispose ou non des compétences pour aboutir dans des délais brefs à l'attribution d'un nouveau contrat.

De la même façon, il faut tenir compte de la difficulté propre à l'attribution d'un nouveau contrat. C'est une chose de relancer un nouveau marché de collecte des déchets pour prendre la suite d'un précédent marché résilié. C'est tout autre chose de conclure un nouveau marché de travaux destiné à poursuivre la construction d'un ouvrage.

Probablement faut-il se préparer dans les années à venir à ce que préventivement devant le juge, la question de la prise en compte de l'« atteinte excessive à l'intérêt général » conduise à des débats fournis dont on admettra qu'ils sont « contre-intuitifs » pour la personne publique amenée à envisager les conséquences d'une interruption du contrat alors qu'elle le considère encore à ce stade de la procédure parfaitement valide.

Le contentieux de la contestation des contrats publics ne donnant pas d'indice d'essoufflement, le sujet du respect de la continuité de l'action publique va donc probablement donner lieu à une jurisprudence plus précise sur ce sujet qui le mérite dans un pays où le service public est aussi important que fréquemment raillé : « Si la mort était un service public, il y aurait des listes d'attente » (Jean Baudrillard).

Christophe Cabanes et Vincent Michelin

*Avocats associés
Cabanes Avocats*

(1) CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802.

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

(3) Concl. Gilles Pellissier, sur CE 24 mai 2017, Sté Régat des Îles, req. n° 407213.

(4) CE 9 novembre 2018, Société GLBM, req. n° 420654.

(5) CE 24 mai 2017, Sté Régat des Îles, req. n° 407213.

(6) CE 17 juin 2015, Sté Proxiserve, req. n° 388457.

(7) J. Vilar : « Le théâtre est une nourriture aussi indispensable à la vie que le pain et le vin... Le théâtre est donc, au premier chef, un service public. Tout comme le gaz, l'eau, l'électricité ».