

**N° 304806**  
**Commune de Béziers**

**Section**

**Séance du 4 mars 2011**  
**Lecture du 21 mars 2011**

**CONCLUSIONS**

**Mme Emmanuelle CORTOT-BOUCHER, rapporteur public**

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

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

Les deux communes sont donc convenues de se répartir cet avantage au moyen d'un contrat. Elles s'appuyaient en cela sur l'article 11 de la loi<sup>1</sup> du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité directe locale, selon lequel les communes membres d'un groupement ayant pour objet la création ou la gestion d'une zone d'activités économiques, à défaut d'avoir affecté à ce groupement la part communale de la taxe professionnelle acquittée par les entreprises implantées sur la zone d'activités en cause, pouvaient aussi, si cette taxe était exclusivement perçue par l'une d'entre elles, passer une convention pour se la répartir.

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

---

<sup>1</sup> n° 80-10

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

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

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

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

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

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

La cour, en effet, s'est à nouveau fondée sur votre avis *Préfet de la Côte d'Or* pour constater que la convention du 10 octobre 1986 était nulle. Elle a ensuite fait application de la

jurisprudence issue de votre décision de Section du 10 octobre 2000, *Société Citécâble Est* (n° 196553, Rec., p. 457 ; concl. H. Savoie), selon laquelle des conclusions tendant à l'annulation d'une mesure de résiliation d'une convention entachée de nullité sont dépourvues d'objet à la

date d'introduction de la requête. La cour en a déduit que la demande de la commune devant le tribunal était irrecevable et que celle-ci n'était, par suite, pas fondée à se plaindre qu'elle ait été rejetée par le tribunal.

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

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

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

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

D'après cette jurisprudence, les mesures d'exécution des contrats administratifs prises par l'administration ne peuvent en principe pas être annulées par le juge saisi par les parties au contrat. Si le juge contrôle la régularité et le bien fondé de ces mesures, c'est donc uniquement dans la perspective de rechercher si elles justifient qu'une indemnité soit versée au cocontractant de l'administration en réparation du préjudice qu'il a subi.

L'expression la plus classique de ce principe est celle énoncée dans votre décision du Section du 24 novembre 1972, *Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, n° 84054, Rec., p. 753. Cette décision indique ainsi que « le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant » et « qu'il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité ».

(1) Comme le soulignent les termes de cette décision, la règle ainsi posée vaut pour toutes les mesures d'exécution des contrats administratifs. Elle s'applique donc indifféremment aux trois catégories usuellement identifiées que sont les mesures d'application du contrat, les mesures de modification du contrat, et les mesures de résiliation de celui-ci. Vous l'avez jugé pour les ordres de service, que l'on classe parmi les mesures d'application du contrat, par une décision du 17 février 1978, *Société Compagnie française d'entreprises*, n° 99193 ; 99436, Rec., p. 88 et pour les mesures de modification du contrat par une décision

de Section du 9 décembre 1983, *SEPAD*, n° 34607, Rec., p. 498 (concl. B. Genevois, RFDA 1984, p. 39).

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

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

Mais quand bien même le juge constate que la mesure de résiliation qui lui est déferée par une partie au contrat est illégale, soit en raison d'une irrégularité de forme, soit pour un motif de fond, il ne peut pas en prononcer l'annulation. La mesure continue donc à exister et à produire ses effets jusqu'au terme normalement prévu par le contrat. Tout au plus le juge peut-il, s'il est saisi de conclusions en ce sens, décider que le cocontractant de l'administration a droit à une indemnité en réparation du préjudice subi, qui devra alors couvrir à la fois la perte subie (*damnum emergens*) et le manque à gagner (*lucrum cessans*) (24 janvier 1975, *Sieur C...*, n°87259, Rec., p. 55).

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

(2) Cette règle constitue une limitation importante aux pouvoirs du juge devant lequel les parties peuvent porter les contestations qu'elles forment contre les mesures de résiliation des contrats administratifs.

Ce juge est le juge du contrat, juge plein contentieux, et non un juge de l'excès de pouvoir. Il est en effet de jurisprudence constante que seuls les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Or si vous avez admis de regarder les mesures de résiliation comme des actes détachables du contrat à l'égard des tiers (Assemblée, 2 février 1987, *Société TV 6*, n° 81131 ; 82432, 82437 ; 82443, Rec., p. 29), vous jugez en revanche qu'elles n'ont pas ce caractère à l'égard des parties, qui ne peuvent par suite pas en demander l'annulation pour excès de pouvoir (Assemblée, 2 février 1987, *Société France 5*, n° 82325, Rec., p. 28). Il en résulte que les recours dirigés contre ces mesures, comme d'ailleurs de manière générale les recours relatifs à l'exécution d'un contrat, relèvent, lorsqu'ils sont formés par les parties, du contentieux de pleine juridiction (9 juillet 1997, *Ville de Cannes*, n° 163238 ; 163240, Rec., T. p. 939).

Il n'en va différemment que dans des hypothèses particulières où vous estimez que le contrat en cause, parce qu'il place en réalité le cocontractant de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire, a au moins pour partie le caractère d'un acte unilatéral. Vous jugez ainsi qu'un agent contractuel est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre la décision de l'administration procédant à son licenciement, c'est-à-dire à la résiliation de son contrat (8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, Rec., p. 464). Et vous avez également admis, jusqu'à ce que le législateur transfère au juge judiciaire le soin de statuer sur de tels litiges, que le titulaire d'un contrat d'abonnement téléphonique est recevable à contester, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la mesure de résiliation de son abonnement (Section, 29 juin 1979, *Dame B...*, n°6571 Rec., p. 292). Ces hypothèses particulières échappent bien entendu à l'application de la jurisprudence qui se trouve énoncée dans la décision *Société des ateliers de Fontainebleau*.

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

Au départ, la règle n'a été appliquée qu'aux marchés publics. On la trouve ainsi énoncée pour la première fois par une décision *Goguelat* du 20 février 1868, Rec., p. 198 concernant un marché public de travaux. La solution a ensuite été confirmée à de multiples reprises pour cette catégorie de contrats (12 décembre 1890, *Ville de Lorient*, Rec., p. 945 ; 19 mai 1905, *Zotier*, Rec., p. 446 ; Section, 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec., p. 136 ; 25 février 1944, *Pioc*, Rec., p. 69 ; 21 décembre 1960, *Hôpital-hospice de Chauny*, Rec., p. 724 ; 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aressy*, n° 11939, Rec., p. 110), puis étendue aux marchés publics de fournitures (9 janvier 1957, *D...*, n° 23954, Rec., T. p. 955 ; 26 juin 1964, *Société Frigurter*, Rec., T. p. 941), et aux marchés publics de services (*Société des ateliers de Fontainebleau*, précitée). Dans ses conclusions sur la décision précitée *D...* (AJDA 1957.II, p. 10), le commissaire du gouvernement Laurent indiquait ainsi qu'il existait à ses yeux un « principe jurisprudentiel fondamental en matière de marchés d'après lequel le juge ne peut annuler les mesures prises par le maître de l'œuvre envers l'entrepreneur ».

Mais contrairement à ce que suggérerait cette formule, ce « principe jurisprudentiel » n'est pas resté cantonné à la sphère des marchés. A partir du milieu des années 1960, vous l'avez progressivement conçu comme une règle générale applicable, sauf cas particulier, à tous les contrats administratifs. L'extension à laquelle vous avez procédé ressort avec une

particulière netteté d'une décision *L...* du 17 mars 1976 (n° 87204, Rec., T. p. 1008, note J. Roche, D. 1978, p. 11), qui reprend la formule issue de votre décision *Société des ateliers de Fontainebleau* au sujet du « *juge des contestations relatives aux marchés administratifs* » pour y substituer une référence au « *juge des contestations relatives aux contrats administratifs* ».

La variété des contrats auxquels vous appliquez la règle issue de votre décision *Goguelat* illustre la généralité du principe qu'elle pose. Vous y soumettez ainsi les contrats de vente (6 novembre 1970, *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautaret* « *Sathoval*, n° 78860, Rec., p. 654 ; concl. Baudoin, AJDA 1971, p. 105), ainsi que les contrats relatifs à l'occupation du domaine privé des personnes publiques (*L...*, précitée ; 4 mars 1981, *Commune d'Azereix c. N...*, n° 13546 ; 17523, Rec., T. p. 820 ; 4 février 2008, *Commune du Lamentin*, n° 304807). Vous l'appliquez également à des contrats plus atypiques, tel un contrat emploi-formation (23 septembre 1987, *Société SADEV*, n° 65224, Rec., p. 292), une lettre d'agrément (10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production* « *La prospérité fermière* », n° 54141, Rec., p. 289 ; concl. contraires G. Braibant), une convention relative à l'implantation d'une industrie donnant lieu à subvention (29 juin 1966, *Société pour le traitement industriel des bois et l'équipement de la montagne*, Rec., p. 423 ; concl. M. Galabert AJDA 1966, p. 563), un contrat ayant pour objet de permettre à un particulier d'utiliser une machine à affranchir (26 avril 1978, *C...*, n° 95004, Rec., T. p. 878), un contrat passé pour la gestion de résidences municipales (7 novembre 1980, *Association Comité des amitiés sociales de la région de Brest*, n° 15237 15238, Rec., T. p. 795) ou encore une convention, telle celle en cause dans la présente espèce, passée entre deux communes pour se répartir la taxe professionnelle acquittée par les entreprises installées sur une zone d'activité qu'elles ont conjointement aménagée (14 octobre 2005, *Commune de Pagny-sur-Moselle*, n° 255179, Rec., T. p. 768).

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

La principale et la plus ancienne concerne les contrats de concession. Elle a été dégagée par une décision du 8 février 1878, *Pasquet*, n° 50726, Rec., p. 128, et confirmée par de multiples décisions postérieures, dont l'arrêt du 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c. Ville de Langres*, Rec., p. 54 (v. également Sect. 21 janvier 1944, *Société d'entreprise et de construction en béton armé*, Rec., p. 23 ; 20 janvier 1965, *Société des pompes funèbres générales*, Rec., p. 42). Dans ses conclusions sur cette décision, le Président Romieu justifiait l'exception en relevant que contrairement à l'entrepreneur de travaux publics, le concessionnaire dispose d'un « *droit acquis à la jouissance de sa concession durant toute la durée prévue au contrat* ». Vous avez transposé cette solution aux concessions coloniales (5 mars 1897, *Verdier*, Rec., p. 194), puis aux concessions de mines (1<sup>er</sup> octobre 1965, *Société Union économique continentale*, Rec., p. 484 ; note B. Paulin AJDA 1964 II, p. 170).

Vous avez ensuite englobé dans le champ des exceptions à la règle de principe les concessions d'occupation du domaine public, par votre décision de Section du 13 juillet 1968, *Société des établissements Serfati*, n° 73161, Rec., p. I (concl. Bertrand AJDA 1968, p. 582 ; chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint-Marc, AJDA 1968, p. 582). Vous vous étiez alors

montrés sensibles à la nécessité de ne pas traiter différemment les occupants du domaine public selon qu'ils tiennent leurs droits d'un contrat ou d'une autorisation accordée unilatéralement, notamment sous la forme d'une permission de voirie, dont le retrait peut toujours être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir. De là, l'exception à votre jurisprudence *Goguelat* a été appliquée à l'ensemble des conventions permettant l'occupation du domaine public (1<sup>er</sup> mars 1978, *Association Maison des Jeunes et de la Culture de Paris Charonne*, n° 05588, Rec., T. p. 878).

Elle s'est encore élargie sous l'effet de votre décision de Section du 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération (SIMA)* (n° 75710, Rec., p. 723; concl. M. Gentot, RDP 1972, p. 239 ; note M. Waline, RDP 1972, p. 1245 ; note D. Labetoulle et P. Cabanes, AJDA 1971, p. 649) aux marchés dits « d'entreprise de travaux publics », c'est-à-dire aux « *contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué durant toute la durée de l'exploitation, et comportant pour le cocontractant de l'administration des garanties analogues à celles accordées aux concessionnaires de services publics ou de travaux public* ». Les caractéristiques de ces contrats, en effet, les rapprochaient d'une manière telle des concessions que vous avez estimé ne pas pouvoir vous en tenir à l'application de la règle de principe.

Par deux décisions de Section du 19 mars 1976, *ministre de l'économie et des finances c/B...*, et *Epoux C... et sieur M...* (n° 98266 ; 92631, Rec., p. 167 ; chron. Mme Nauwelaert et M. Fabius, AJDA 1976, p. 413), vous avez ensuite fait entrer dans le champ des exceptions les contrats de gérance de débit de tabac. C'est ici le parallélisme avec la situation des agents contractuels de droit public qui vous a fait revenir sur une décision de Section du 1<sup>er</sup> mars 1968, *Dame S...* (n° 67118, Rec., p. 155, RDP 1968, p. 1069, note Waline) par laquelle vous aviez initialement jugé applicable la règle de principe.

Enfin, vous avez dégagé une dernière exception à votre jurisprudence *Goguelat* pour les contrats conclus entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public. Dans votre décision de Section du 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, n° 57000, 60384, Rec., p. 105 (concl. M. Fornacciari, RFDA 5, mai - juin 1989, p. 466; chron. E. Honorat et E. Baptiste AJDA 1989, p. 315 ; note P. Terneyre, Rev. adm. 1989, p. 341), vous avez estimé qu'il y avait lieu d'y soumettre les « *contrats passés entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public* ». Et par votre décision du 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, n°110330, Rec., p. 197 (chron. C. Maugué et R. Schwartz, AJDA 1992, p. 480), vous avez étendu cette exception à tous les « *contrats passés entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* ». Vous estimiez alors devoir déroger à la règle de principe eu égard au fait que le service public était directement en cause et que les parties au contrat étant deux personnes publiques, il n'y avait pas lieu d'accorder à l'une d'elles une forme d'immunité juridictionnelle qui jouerait au détriment de l'autre.

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

(1) C'est sur ce terrain qu'on peut formuler une première critique à l'encontre de l'état actuel de votre jurisprudence. Car il faut reconnaître qu'il n'est pas aisé de trouver une cohérence entre les justifications qui sont censées étayer la règle de principe et les motifs pour lesquels il a été jugé nécessaire d'y déroger dans certains cas.

Pour ceux qui la défendent, en effet, la règle de principe issue de votre décision *Goguelat* se justifie par l'idée que l'administration doit toujours pouvoir se défaire d'un cocontractant dont elle ne veut plus à condition d'être prête à en payer le prix (v. D. Labetoulle et P. Cabanes, AJDA 1971, p. 649). C'est l'explication à laquelle aboutissait notamment Michel Gentot, qui indiquait dans ses conclusions sur la décision précitée *SIMA* qu'« *il ne serait pas admissible que l'administration se voie imposer, par une annulation éventuelle, un concours technique auquel elle répugne* ». Dans le même sens, le commissaire du gouvernement Bertrand relevait dans ses conclusions sur la décision précitée *Société des établissements Serfati* que : « *la règle paraît procéder aujourd'hui d'un souci de sauvegarde de prérogatives régaliennes de l'administration en matière contractuelle* ».

Or, d'une part, une telle justification devrait valoir au premier chef pour les contrats de concession. Ces contrats, en effet, supposent, pour la plupart d'entre eux, une collaboration plus longue et plus étroite que celle qui se noue dans le cadre des marchés publics. Ils ont très souvent pour objet la gestion même du service public et l'*intuitu personae* y a, par conséquent, une importance particulière. Comment justifier, dès lors, que précisément dans ce type d'hypothèses, la jurisprudence ait admis que l'administration pouvait être privée de la faculté de rompre à sa convenance les relations contractuelles ?

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

Mais alors, comment justifier que vous ayez refusé de le faire pour les contrats de régie intéressée, avec votre décision du 6 avril 1895, *Deshayes*, Rec., p. 345, puis pour les contrats d'affermage, par votre décision du 19 avril 1989, *Société des transports urbains d'Angers*, n°41524, Rec., T. p. 877, alors que le mode de rémunération de leur titulaire est identique à celui du concessionnaire ? Et comment expliquer que vous vous soyez finalement ralliés, avec votre décision *SIMA*, à l'idée que le critère pertinent pour déterminer le champ des exceptions à la jurisprudence *Goguelat* tenait, non pas au mode de rémunération du cocontractant de l'administration, mais à l'importance des investissements qu'il était amené à consentir et à la durée de leur période d'amortissement ?

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

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

(2) Plus fondamentalement, nous peinons à adhérer à l'idée que l'administration doit toujours pouvoir se séparer d'un cocontractant pourvu qu'elle soit prête à en payer le prix. Nous voyons là une seconde critique qui peut être adressée à la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*, et qui vise la faiblesse de ses fondements.

D'abord, ce n'est pas parce que l'administration dispose du pouvoir unilatéral de résilier un contrat administratif qu'elle doit être pour autant autorisée à en faire usage de manière illégale. Or dire que la sanction d'un usage irrégulier de ce pouvoir ne doit être, en toute hypothèse, que pécuniaire, c'est en réalité reconnaître à l'administration la possibilité de se soustraire au principe de légalité. C'est donc lui accorder un pouvoir exorbitant « au carré », dont on ne voit pas très bien la justification théorique. Ainsi, comme le notait un commentateur de votre jurisprudence : « *On peut s'étonner qu'après tant d'efforts du juge pour plier l'administration au droit, grâce à un contrôle de légalité de plus en plus poussé (...) sur les actes unilatéraux, l'administration bénéficie de tant d'égards lorsqu'elle a choisi la voie contractuelle* » (v. J. Roche, note sur la décision *L...*, précitée, D. 1978, jurispr. p. 11).

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

Enfin, on relèvera que la liberté laissée à l'administration par votre jurisprudence *Goguelat* ne va pas dans le sens de la gestion la plus rationnelle qui soit des deniers publics. Car elle permet à l'administration qui a résilié le contrat de renoncer à l'exécution de celui-ci tout en l'obligeant à indemniser son cocontractant. Pour faire exécuter le contrat, si cela reste nécessaire, l'administration devra alors faire appel à ses propres agents ou aux services d'un autre cocontractant. Au final, elle risque donc d'exposer deux fois le coût nécessaire à cette exécution.

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

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

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

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

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

Le juge de votre décision *Société Tropic Travaux Signalisation* est ainsi en mesure « *soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, (...) d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* ». Mais avant de choisir au sein de cette palette, il doit apprécier les conséquences des vices que, le cas échéant, il est amené à constater, et il ne peut procéder à une éventuelle annulation du contrat qu'après avoir vérifié qu'elle ne porte pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants* ».

L'office du juge de votre décision *Commune de Béziers* n'est guère différent. Il appartient en effet à ce juge « *soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est*

possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, la résiliation du contrat ou (...) son annulation ». Mais il doit apprécier « l'importance et les conséquences » des irrégularités dont le contrat peut être entaché, et adapter le choix de sa solution à la nature de cette irrégularité compte tenu de « l'objectif de stabilité des relations contractuelles ». Enfin, il ne peut procéder à la résiliation ou à l'annulation du contrat qu'« après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ».

(2) Cette évolution rend à notre avis difficile le maintien de la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*.

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

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

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

5. L'évolution que nous vous proposons, vous l'avez compris, est donc double : il s'agit non seulement d'élargir la voie de recours qui, en l'état actuel de votre jurisprudence, est ouverte par exception aux parties pour contester les mesures de résiliation prises par

l'administration, mais aussi de moderniser cette voie pour que l'office du juge soit parfaitement adapté au type de litige dont il sera amené à connaître. Permettez-nous d'y insister : l'un ne va pas sans l'autre. Ce n'est que sous réserve de rénover l'office de ce juge qu'il est à notre avis possible de généraliser les exceptions à la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat*.

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

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

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

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

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

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

Il lui appartiendra donc de dire s'il y a lieu que ces relations reprennent à compter d'une date qu'il déterminera. Cette date sera à notre avis, dans la plupart des cas, identique ou postérieure à celle de la décision du juge. Car il est bien évident que, dans la réalité des choses, les relations contractuelles ne peuvent guère reprendre que pour l'avenir, et non pour le passé. Quels que soient ses pouvoirs, le juge du contrat n'aura en effet jamais celui de faire remonter le cours du temps. Ce que les parties n'auront pas fait conformément aux échéances prévues par le contrat, elles ne le rattraperont jamais dans les faits, y compris pour des contrats à objet purement financier tel que celui qui est en cause dans la présente espèce.

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

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

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

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

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

7. Si vous nous suivez dans cette manière de concevoir l'office du juge, lorsqu'il est saisi par le cocontractant de l'administration d'un recours dirigé contre une mesure de résiliation, vous devrez encore permettre au requérant d'assortir son recours de conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA.

Disons-le d'emblée, cette possibilité nous paraît absolument nécessaire pour que la voie de droit que vous élargissez et que vous modernisez ne soit pas une fausse fenêtre pour les acteurs économiques qui contractent avec l'administration. Car comme vous l'avez compris, les conditions pour que le juge constate qu'il y a lieu que les relations contractuelles reprennent seront, à défaut d'une telle suspension, très difficiles à remplir.

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

En opportunité, il nous paraît donc nécessaire de permettre au cocontractant de l'administration de saisir le juge d'une demande, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1, pour obtenir que, le cas échéant, ce dernier constate qu'il y a lieu, à titre provisoire, que les relations contractuelles reprennent.

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

Certes, vous pourriez relever qu'il existe une difficulté de texte à surmonter si, comme nous vous l'avons proposé, vous retenez que la voie de recours que nous vous proposons d'élargir et de moderniser n'a pas pour objet d'obtenir une annulation, mais la reprise des relations contractuelles. Car le premier alinéa de l'article L. 521-1 du CJA, rappelons-le, ne permet la suspension de l'exécution que de décisions administratives faisant l'objet « *d'une requête en annulation ou en réformation* ».

Mais l'obstacle qu'il vous faut franchir l'a déjà été, nous semble-t-il, avec votre décision *Société Tropic Travaux Signalisation*. Dans cette décision, en effet, alors même que la voie de recours que vous ouvriez pouvait conduire le juge à prononcer des mesures de régularisation, à résilier le contrat ou à modifier certaines de ses clauses, et donc alors même que la requête dont il était saisi ne s'analysait pas, au sens strict, comme une « *requête en annulation ou en réformation* », vous n'en avez pas moins affirmé qu'elle pouvait « *être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, à la suspension de son exécution* ».

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

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

Pour apprécier s'il existe un moyen de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la mesure de résiliation contestée, il devra apprécier, de manière pragmatique, si les vices invoqués lui paraissent d'une gravité suffisante pour ouvrir droit, au bénéfice du requérant, à la reprise des relations contractuelles ou si, au contraire, ils ne sont de nature qu'à ouvrir droit au versement d'une indemnité.

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

Vous aurez noté, enfin, que l'évolution qui vous est proposée ne remet pas en cause l'application de la jurisprudence issue de votre décision *Goguelat* aux mesures d'application du contrat et aux mesures de modification de celui-ci. Nous n'y voyons pas d'inconvénient

eu égard au caractère particulier des mesures de résiliation qui sont les seules à faire disparaître le contrat et les seules, également, pour lesquelles vous ayez jugé nécessaire de dégager des exceptions à la règle de principe. Cette restriction ne préjuge pas, néanmoins, de ce que vous pourriez être amenés à juger au sujet des autres mesures d'exécution du contrat, et notamment des mesures de modification du contrat, qui ont ceci de commun avec les mesures de résiliation qu'elles ne laissent pas le contrat intact.

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

Le fait d'opposer à tort une irrecevabilité est une irrégularité qui entraîne en principe l'annulation d'un jugement et amène le juge à évoquer l'affaire (Section, 11 mars 1966, *L...*, n° 62068, Rec., p. 206). Mais vous pourrez en l'espèce vous abstenir d'annuler le jugement attaqué. Car il existe à notre avis un autre motif d'irrecevabilité de la demande de la commune de Béziers, qui tient à ce que cette demande est tardive.

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

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

Car le terme de « décisions » au sens de ces dispositions ne vise pas, nous semble-t-il, les actes de nature conventionnelle. Il ne désigne à notre connaissance que des actes unilatéraux. A cet égard, vous avez jugé, dans la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, contrairement d'ailleurs aux conclusions de votre commissaire du gouvernement sur ce point, que l'article R. 421-1 du CJA n'est pas applicable au recours de plein contentieux qui peut être formé par les tiers contre le contrat. Cet article n'est pas non plus applicable aux recours en annulation formés par les parties contre le contrat.

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

portant attribution de subvention moyennant le respect de certaines obligations (5 juillet 2010, *CCI de l'Indre*, n° 308615, à publier au Lebon).

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

Nous sommes donc d'avis que les mesures prises au cours de l'exécution du contrat doivent être assimilées à des actes conventionnels, et qu'ainsi, les recours formés contre les mesures de résiliation ne sont pas soumis aux dispositions de l'article R. 421-1 du CJA.

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

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

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

Vous pourriez néanmoins vous demander si, de manière prétorienne, il y a lieu de poser, pour les mesures de résiliation des contrats administratifs, une règle équivalente à celle contenue à l'article R. 421-5. Pour notre part, nous en doutons. Car d'une part, aucun texte ni aucun principe jurisprudentiel n'impose à l'administration d'édicter par écrit les mesures de résiliation qu'elle est amenée à prendre. Vous n'êtes donc pas dans une hypothèse où la mesure contestée serait nécessairement notifiée à la personne à l'égard de laquelle elle produit ses effets. Et d'autre part, nous ne croyons pas, à supposer qu'une telle notification soit requise, que l'exigence de la mention des voies et délais de recours soit adaptée pour des actes

qui ont vocation à régir les relations entre les parties à un contrat. A suivre cette logique, notamment, on pourrait aller jusqu'à dire que tout contrat administratif écrit doit comporter la mention des voies et des délais selon lequel il peut être contesté. Or un tel formalisme serait à notre avis excessif s'agissant d'un acte dont les parties sont réputées être conjointement les auteurs, et des mesures qui s'y incorporent.

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

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

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

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

Pour autant, la reprise des relations contractuelles a perdu tout objet pour l'avenir. Car un arrêté préfectoral du 26 décembre 2001 a procédé à la création, à compter du 31 décembre de la même année, de la communauté d'agglomération de Béziers - Méditerranée. Conformément aux dispositions du 1<sup>o</sup> du I de l'article 1609 nonies C du CGI, celle-ci est depuis lors substituée aux communes qui en sont membres pour l'application des dispositions relatives à la taxe professionnelle. La commune de Villeneuve-lès-Béziers étant membre de cet établissement, comme d'ailleurs la commune de Béziers, elle ne perçoit donc plus de taxe professionnelle et se trouve aujourd'hui dans l'impossibilité d'exécuter la convention litigieuse. Vous pourrez donc retenir que pour la période courant à compter du 31 décembre 2001, la reprise des relations contractuelles est sans objet, et que par suite, la demande de la commune de Béziers tendant à une telle reprise ne peut qu'être rejetée.

Reste la période comprise entre la date de résiliation de la convention et la date de création de la communauté d'agglomération, soit entre le 1<sup>er</sup> septembre 1996 et le 31 décembre 2001. Vous pourriez vous demander si, pour cette période passée, il y a lieu de dire que les relations contractuelles sont réputées avoir repris.

Nous ne le pensons pas dans la mesure où il n'y a, en l'espèce, pas matière à régulariser la situation d'un cocontractant qui aurait poursuivi l'exécution du contrat en dépit de la résiliation de ce dernier. Dans ces conditions, et la commune de Béziers ne vous

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

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

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