

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Vous savez que les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités de l'indemnisation du titulaire en cas d'exercice, par la personne publique, de son pouvoir de résiliation anticipée du contrat dans l'intérêt général. Leur liberté contractuelle est cependant sur ce point comme sur beaucoup d'autres limitée par les principes généraux qui s'imposent aux personnes publiques, en l'occurrence l'interdiction qui leur est faite de consentir des libéralités (dont découle la jurisprudence *M...* (Section, 19 mars 1971, n°79962) et dont votre décision d'Assemblée, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, p. 433, fait application en matière contractuelle) et l'impossibilité pour la personne publique de renoncer à son pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, p. 141). Ces deux principes font obstacle aux clauses d'indemnisation qui aboutiraient à mettre à la charge de la personne publique le paiement d'une indemnité manifestement disproportionnée au montant du préjudice résultant, pour le titulaire, de la résiliation anticipée du contrat, puisque d'une part cette indemnité serait dépourvue de contrepartie, d'autre part elle serait de nature à dissuader, par son coût exorbitant, la personne publique de faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale, au détriment de l'intérêt général. Vous avez posé ces principes par une décision du 5 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* (n° 334280, au rec) et en avez fait application un peu plus d'un an plus tard en jugeant manifestement disproportionnée une indemnisation équivalente aux recettes que le cocontractant aurait perçues si l'exécution du contrat s'était poursuivie jusqu'à son terme prévu, sans décompter les charges afférentes à cette exécution (22 juin 2012, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier (CCIM) et société aéroport de Montpellier-Méditerranée*, n° 348676, aux T). Ce n'est donc pas l'appréciation de la proportionnalité de l'indemnisation qui fait l'intérêt de la présente affaire, mais la question qu'elle pose des conséquences contentieuses du constat de l'illicéité, au regard de ces principes, de la clause d'indemnisation.

Les faits sont simples. Le 20 novembre 2003, le TGI de Marseille a conclu avec la société Leasecom un contrat de location de 15 photocopieurs, pour une durée minimale de 36 mois à compter du 1^{er} janvier 2004, puis renouvelable par tacite reconduction annuelle. Ce contrat comporte une clause, dont l'interprétation a donné lieu à une première cassation (SSJS, 5 nov 2014, *Société Leasecom*, n° 371130) mais qui n'est plus en débat, ouvrant droit pour le bailleur, en cas de résiliation anticipée, au versement d'une indemnité égale à la somme des loyers restant dus jusqu'au terme conventionnel, augmentée de 10 %. Le TGI de Marseille a résilié cette convention un an avant son terme mais a refusé de verser à la société l'indemnité due en application de cette clause, d'un montant d'environ 40 800 euros. La société a saisi le TA de Marseille de conclusions aux fins

de condamnation de l'Etat à lui verser cette somme, auxquelles le tribunal a fait droit. Son jugement a cependant été annulé par la CAA de Marseille, une première fois au prix d'une interprétation des stipulations du contrat que vous avez estimée entachée de dénaturation, une seconde fois en raison du caractère manifestement disproportionné de l'indemnité à laquelle aboutissait l'application de cette clause. La Cour, après avoir écarté la clause d'indemnisation, a rejeté la demande de la société qui était exclusivement fondée sur son application.

Les deux groupes de moyens soulevés par la société Leasecom à l'appui de son pourvoi contre cet arrêt visent d'une part l'appréciation portée par la cour sur le caractère manifestement disproportionné de l'indemnité, d'autre part les conséquences qu'elle en a tirées pour statuer sur le litige.

Sur le premier point, la cour a estimé que l'application de la clause que nous avons citée conduisait à mettre à la charge de la personne publique une indemnité disproportionnée au motif qu'elle représentait une somme supérieure à la rémunération qu'elle aurait perçue si le contrat s'était poursuivi jusqu'à son terme normal alors que, "dans l'hypothèse d'une résiliation, la société Leasecom est en mesure de vendre ou de louer le matériel et donc d'en tirer un revenu supplémentaire". Elle a précisé sur ce dernier point que "si la société Leasecom soutient que ce matériel serait difficile à commercialiser et devrait être stocké à ses frais, elle ne l'établit pas, ces affirmations étant d'ailleurs peu vraisemblables".

Ce raisonnement, conforme aux principes dégagés par vos décisions précitées de 2011 et 2012, procède, contrairement à ce que soutient la requérante, d'une appréciation concrète des circonstances de fait.

Cette appréciation, que vous contrôlez en cassation (voyez votre décision de 2012 précitée), est également critiquée. La requérante, qui reprend l'argumentation qu'elle avait développée devant les juges d'appel, fait valoir que son préjudice ne se limite pas à la perte des loyers mais qu'il doit intégrer les coûts de stockage et de destruction des matériels, qu'elle ne peut réutiliser, compte tenu de la forte obsolescence des biens qu'elle loue et de ce qu'elle ne propose que du matériel neuf.

L'hésitation est permise car il est certain que les matériels récupérés ne pourront être reloués aux mêmes conditions. Est-ce à dire qu'ils ne représentent qu'une charge pour la société ? Il est également permis d'en douter, après seulement deux ans d'utilisation d'un matériel neuf. La société n'apporte absolument aucun élément à l'appui de ses allégations de nature à établir les coûts qu'elle invoque. Dans ces conditions, il nous paraît comme aux juges d'appel peu crédible qu'elle ne puisse tirer aucun profit des matériels récupérés.

Si vous partagez cet avis, vous constaterez que, comme dans l'affaire de 2012, l'indemnité contractuellement fixée attribuée au cocontractant l'intégralité des recettes escomptées augmentée de 10 % sans déduire de ce montant ni les charges dont la résiliation du contrat le dispense, notamment en termes d'entretien et de service après-vente, ni les profits qu'il pourra tirer des matériels récupérés. Elle nous paraît donc manifestement disproportionnée et de nature à dissuader la personne publique de faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale, puisqu'il lui coûtera plus cher de le résilier que d'en poursuivre l'exécution.

Le second groupe de moyens reproche à la cour, à travers des critiques d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit, de s'être contentée de rejeter la demande après avoir écarté l'application de la clause d'indemnisation au lieu de fixer elle-même l'indemnité de résiliation à

laquelle la société requérante avait droit.

La question de la définition de l'office du juge du contrat saisi de conclusions indemnitaires fondées sur l'exécution d'une clause du contrat lorsqu'il est conduit à l'écartier en raison de son illicéité est nouvelle et nous vous invitons à la traiter le plus complètement, malgré le caractère très succinct des arguments du pourvoi.

Celui-ci soutient en premier lieu qu'il appartenait aux juges d'appel, qui avaient relevé d'office l'illicéité de la clause d'indemnisation, d'évaluer et d'indemniser le préjudice de la société requérante en application des règles de droit commun.

Nous ne partageons pas cette opinion. Bien qu'il s'agisse dans les deux cas de la mise en jeu d'une responsabilité contractuelle, qui relève donc d'une même cause juridique, elle ne repose pas sur les mêmes fondements. Dans un cas, il s'agit de faire application d'une stipulation contractuelle, dans l'autre des principes généraux de détermination du préjudice dégagés par la jurisprudence dans le silence du contrat. Pour le dire autrement, la demande dont est saisi le juge dans le premier cas tend moins à l'indemnisation d'un préjudice qu'à l'exécution d'une stipulation contractuelle. Or la règle selon laquelle il appartient au demandeur de déterminer le fondement de son action en réparation est l'une des mieux établie du contentieux administratif. Nous ne pensons donc pas qu'il appartienne au juge du contrat saisi de conclusions tendant à l'exécution d'une stipulation contractuelle prévoyant l'indemnisation d'un préjudice de rechercher d'office, au cas où il constaterait que cette stipulation est inapplicable, si ce préjudice peut être réparé sur un autre fondement.

Cette différence de fondement n'est pas seulement une nuance théorique; elle correspond aussi à des offices différents du juge du contrat. L'application de la clause d'indemnisation ne conduit pas le juge, indépendamment de la vérification de sa licéité, qui est en quelque sorte une condition extérieure au dispositif contractuel, à rechercher quel est le préjudice réellement subi par celui qui en demande le bénéfice, alors que cette évaluation est indispensable à l'indemnisation du cocontractant selon les règles de droit commun et qu'elle implique qu'il ait produit les éléments justificatifs de son préjudice. Le plus souvent, et la présente espèce l'illustre, le demandeur qui saisit le juge du contrat sur le seul fondement d'une stipulation contractuelle ne produira que les données nécessaires à la mise en œuvre de cette clause, qui ne seront pas suffisantes pour déterminer le préjudice réellement subi. Certes, la condition de licéité de la clause tenant à ce qu'elle ne conduise pas au versement d'une somme manifestement disproportionnée au préjudice subi implique d'avoir une idée de ce dernier. Mais elle peut être beaucoup plus grossière que pour la détermination d'une indemnité. Imposer au juge de déterminer d'office le préjudice indemnisable selon les règles du droit commun revient à exiger de lui un office qu'il n'a pas les moyens d'exercer correctement. En revanche, exiger du demandeur qu'il place sa demande sur le terrain de l'indemnisation de son préjudice le conduira à produire ces justificatifs sans lesquels le juge ne peut statuer sur la demande.

Si vous nous suivez pour considérer qu'il appartient au demandeur de modifier le fondement juridique de sa demande, vous devrez admettre qu'il doit pouvoir le faire en cours d'instance lorsque la question de la licéité de la clause dont il se prévalait, qui peut conduire à en écartier l'application, est en débat, soit que le défendeur l'ait invoquée, soit que le juge, comme il peut le faire s'agissant d'une illicéité entachant le contenu même du contrat, l'ait soulevée d'office. Vous l'avez admis dans l'hypothèse plus générale où le juge est conduit à écartier l'application du contrat dont il a constaté la nullité, les parties pouvant alors poursuivre le litige sur un autre terrain, non contractuel (Section, 20 octobre 2000, *société Citécâble est*, n° 196553). Le changement de

fondement est plus facile à admettre dans le présent cas de figure puisqu'il ne constitue pas un changement de cause juridique.

D'un point de vue procédural, la clôture de l'instruction ne saurait y faire obstacle, la notification d'un moyen d'ordre public devant, comme le précise l'article R. 611-7 du code de justice administrative, être accompagnée de l'indication aux parties d'un délai pour qu'elles puissent "*présenter leurs observations sur le moyen communiqué*", "*sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction*". En plaçant sa demande sur un autre terrain, le requérant ne soulève pas de nouveaux moyens, mais répond aux observations sur le moyen communiqué, ce qu'il peut donc faire malgré la clôture de l'instruction. Il appartient ensuite à la juridiction de soumettre cette réponse au débat contradictoire.

En l'espèce, la société requérante devait donc, en réponse au moyen d'ordre public que lui avait communiqué la cour, demander la condamnation de l'Etat à l'indemniser du préjudice subi du fait de la résiliation anticipée de la convention en application des règles d'indemnisation du droit commun. La circonstance que le moyen d'ordre public lui ait été notifié peu avant la clôture de l'instruction et que la notification ne comportait pas d'indication de délai ne la privait pas de cette possibilité, puisqu'elle indiquait une date d'audience suffisamment éloignée pour laisser aux parties le temps de présenter leurs observations (4 juillet 2012, *Département de Saône-et-Loire*, n° 356168, T. p. 920 ; 29 avril 2015, *Mme L...*, n° 382422, aux T).

Or, contrairement à ce que soutient la requérante, elle n'a pas modifié sa demande en réponse au moyen d'ordre public relevé par la cour pour la placer sur le terrain des règles d'indemnisation de droit commun. Non seulement elle ne l'a pas demandé explicitement, n'a pas modifié le montant de sa demande qui correspondait exactement à l'application de la clause litigieuse, mais elle n'a apporté aucun élément permettant à la juridiction d'évaluer son préjudice indépendamment de l'application de cette clause.

Les quelques lignes de son mémoire en réponse au moyen d'ordre public dont elle se prévaut tendent en effet toujours à l'application de la clause illicite, qu'elle invite seulement la cour à "*circonscrire à la somme estimée proportionnelle*". Cette demande pose une autre question, relative à un éventuel pouvoir du juge du contrat de moduler le montant de l'indemnisation résultant de l'application de la stipulation contractuelle.

Or nous ne pensons pas qu'il dispose d'un tel pouvoir qui le conduirait à se substituer aux parties pour modifier les obligations qu'elles se sont données. Vous avez certes reconnu au juge le pouvoir de moduler les pénalités de retard qui atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché, dont le fondement est également contractuel (29 décembre 2008, *Office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux*, n° 296930, au rec). Mais vous avez fondé ce pouvoir sur les principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, qui le reconnaît au juge civil. Surtout, les pénalités de retard ne participent pas de l'équilibre général du contrat. Elles constituent un dispositif dissuasif qui ne s'appliquera pas si le contrat est bien exécuté. Les modalités d'indemnisation d'une résiliation anticipée dans l'intérêt général, qui est une prérogative dont dispose l'administration dans la conduite des relations contractuelles, nous semblent participer plus étroitement de l'équilibre de ces relations.

Un système binaire paraît donc préférable : ou bien la clause d'indemnisation est licite car elle ne conduit pas à mettre à la charge de la personne publique une somme manifestement disproportionnée au regard du préjudice qu'elle répare et le juge du contrat doit l'appliquer; ou bien

elle ne l'est pas et le juge doit l'écarter. Le requérant pourra alors lui demander d'indemniser le préjudice réellement subi, à condition d'en justifier. Le résultat, probablement, ne devrait pas s'éloigner beaucoup de ce qu'aurait donné une modulation de l'indemnisation contractuelle, mais le fondement des règles générales nous semble à la fois plus cohérent et plus à même de fournir au juge les éléments de fait lui permettant d'exercer correctement son office.

En l'espèce, la société requérante ne lui ayant jamais demandé de l'indemniser du préjudice qu'elle subissait du fait de la résiliation anticipée du contrat, indépendamment de l'application de la clause illicite, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas méconnu son office en rejetant ses conclusions indemnitaires au motif qu'elles étaient fondées sur une stipulation contractuelle dont elle ne pouvait faire application.

EPCMNC : Rejet du pourvoi.