

N° 427216, société SMEG

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 22 juin 2020

Lecture du 10 juillet 2020 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Un contrat dont l'exécution se déroule sur le domaine public est-il illicite du fait que son titulaire ne dispose pas de l'autorisation nécessaire à l'occupation du domaine public ? Telle est la question posée par l'affaire qui vient d'être appelée.

Il n'est pas nécessaire, pour y répondre, de vous décrire le détail des relations contractuelles compliquées entre la société de manutention et d'entreposage de grains (SMEG), à laquelle l'Etat a confié par plusieurs marchés conclus en 2001 et 2002, dans le cadre de la crise sanitaire de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), des prestations d'entreposage de farines animales en vue de leur élimination, et l'Office national interprofessionnel de l'élevage et de ses productions puis France Agrimer, qui se sont successivement substituées à l'Etat. L'entreposage de ces farines devait avoir lieu dans un silo exploité par la société dans l'enceinte du Port autonome du Havre, au titre d'une convention d'outillage conclue en 1987. Cette convention, qui emportait autorisation d'occuper le domaine public portuaire, a été résiliée en 2002 par le Port autonome du Havre, à la suite d'un différend avec la société qui n'acceptait pas l'augmentation des loyers que le Port voulait lui imposer du fait du changement d'utilisation du silo. L'exécution des marchés, remplacés en 2006 par un marché global prévoyant une remise en état du site après l'élimination des farines, s'est néanmoins poursuivie jusqu'à la fin des opérations de nettoyage et de désinfection, confiée à une société tierce, au mois d'octobre 2010. Tel est du moins le point de vue des services de l'Etat qui ont émis à cette date l'attestation certifiant la bonne fin des opérations de nettoyage et de désinfection prévue au contrat. Ce n'est pas celui de la société SMEG qui, estimant que les opérations de nettoyage n'ont pas été réalisées conformément au protocole défini par l'Agence française de sécurité sanitaire, considère que l'exécution du contrat s'est poursuivie au-delà de cette date et a réclamé, d'abord à France Agrimer qui ne lui a pas répondu puis au TA de Rouen, le versement par son cocontractant d'une somme de près de 3 millions d'euros au titre de l'exécution du marché, correspondant aux loyers dus pour la mise à disposition exclusive du site de stockage pour la période comprise entre les mois d'octobre 2010 et avril 2011 et d'une somme d'environ 1 600 000 euros correspondant au coût des prestations de nettoyage et désinfection qu'elle devra mettre en œuvre pour pouvoir stocker, de nouveau, des céréales ou des produits agro-alimentaires en vrac sur ce site. Le tribunal a rejeté ses demandes aux motifs que les stipulations du contrat faisaient obstacle à ce qu'il soit fait droit à la première et que le préjudice n'était pas établi en ce qui concerne la seconde. La CAA de Douai est, par l'arrêt contre lequel la société SMEG se pourvoit en cassation, arrivée à la même solution par un raisonnement plus radical : elle a estimé que l'absence

d'autorisation de la société SMEG d'occuper le domaine public entachait d'illicéité la cause du contrat, dont elle a écarté l'application. Constatant ensuite que la société requérante n'avait pas présenté ses demandes sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause, elle les a rejetées.

Outre un moyen d'irrégularité de l'arrêt qui n'est pas fondé, les moyens du pourvoi critiquent ce motif et les conséquences que la cour en a tirées. Le principal, sur lequel nous nous concentrerons, tend à soutenir que la cour a commis une erreur de droit en répondant par l'affirmative à la question que nous avons rappelée en introduction.

Elle se pose dans le cadre juridique de votre jurisprudence d'Assemblée du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* (n° 304802), selon laquelle « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ». Plus précisément, la cour a retenu une irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat, qu'elle a de manière inutilement compliquée, à notre avis, rattachée à la cause du contrat. Après avoir constaté que la société SMEG ne disposait pas d'autorisation d'occupation du domaine public, elle en déduit que "la cause du marché, dont l'objet était l'entreposage de farines animales dans un silo dont la SMEG poursuivait l'exploitation sur une dépendance du domaine portuaire occupée sans titre, a revêtu un caractère illicite au regard des dispositions, citées au point précédent, du code du domaine de l'Etat et du code général de la propriété des personnes publiques".

Contrairement à ce que soutient la requérante, la cour ne nous paraît pas avoir commis d'erreur de droit en considérant que l'illicéité de la cause d'un contrat constituait une "irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat" au sens de la jurisprudence précitée. Bien que les illustrations en soient très rares, votre jurisprudence retient les deux acceptations de la notion de cause qui figuraient à l'ancien article 1131 du code civil¹, l'une objective, qui impose que tout contrat doit avoir une contrepartie², l'autre subjective, qui impose la licéité du but poursuivi par les parties³. Le nouveau code civil n'a conservé que la première, l'article 1169 disposant désormais que "*un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*".

Il n'y a pas lieu de s'interroger aujourd'hui sur l'opportunité de modifier votre conception de la cause au regard de l'évolution qu'elle a connue en droit civil car elle nous semble se rattacher,

¹ « *L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite* »

² CE, 12 nov. 1948, *Cie des messageries maritimes* (p. 428), à propos d'un contrat souscrit pour assurer par l'Etat des navires de guerre alors que ces derniers étaient déjà couverts ; CE, 26 sept 2007, *Office public départemental des HLM du Gard* (n° 259809, BJDCP, n° 55, p. 462, concl. Boulouis), s'agissant d'un marché rémunérant des travaux déjà payés); CE, 19 février 1988, *SARL Poré Gestion*, n° 49338, p. 77, sur l'existence de la cause.

³ CE, 25 nov. 1921, *Savonneries Olive* : RD publ. 1921, p. 107, concl. M. Rivet : reversement d'un pourcentage du prix d'achat de produits importés illégalement ; 15 février 2008, *Cne de La Londe-les-Maures*, n° 279045 : a contrario, écartant l'objectif de régularisation de constructions illégales.

dans les deux acceptions que retient votre jurisprudence, au contenu du contrat : l'absence de contrepartie rend partiellement sans objet un contrat à titre onéreux et l'illicéité du but poursuivi est un vice de même nature que l'illicéité de son objet au sens strict et doit pouvoir, pour les mêmes raisons, être relevé d'office par le juge afin qu'il ne soit pas conduit à devoir en faire application.

En revanche, nous peinons à comprendre pourquoi la cour s'est placée sur le terrain de la cause pour appréhender les conséquences sur le contrat de l'absence d'autorisation du titulaire d'occuper le domaine public, puisque cette circonstance n'affecte ni la contrepartie des obligations, ni le but poursuivi par les parties en contractant. Dans la mesure où le marché confiait à la société requérante le stockage des farines animales dans un silo qu'elle exploitait sur le domaine public, cette autorisation était une condition nécessaire à l'exécution régulière du contrat par la société prestataire. Or, et cette affaire sera donc une nouvelle occasion de le rappeler, les modalités d'exécution d'un contrat, et notamment le respect des règles qui s'imposent à son titulaire, ne font pas partie du contenu du contrat, à moins que ses clauses conduisent par elles-mêmes à les méconnaître.

Vous l'avez récemment précisé en indiquant "que le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement" (CE, 9 nov 2018, *sté Cerba, CNAM*, n° 420654, au rec). Pour le dire autrement, l'absence d'une condition de régularité de l'exercice des prestations ne peut entacher le contrat que si elle résulte du contrat lui-même : vous avez ainsi jugées illicites des stipulations qui avaient pour effet de placer le cocontractant de l'administration en situation d'abuser d'une position dominante (CE, 3 nov 1997, *Sté Million et Marais* (GAJA n° 105) ; CE, 17 oct 2008, *Sté OGF*, n° 293220), une clause prévoyant le transfert de propriété d'un bien du domaine public, qui méconnaît le principe d'inaliénabilité du domaine public (4 mai 2011, *Cté de cnes du Queyras*, n° 340089, au rec), un contrat concédant illégalement un droit réel sur le domaine public (CE, 1er octobre 2013, *sté Espace habitat conseil*, n° 349099, aux T) ou ayant pour objet l'aménagement d'une zone littoral inconstructible (CE, 10 juillet 2013, *Cne de Vias, SEBLI*, n° 362304, aux T sur ce point). Ces derniers cas montrent bien la différence avec le marché en litige : contrairement à ce dernier, l'objet même des contrats - la vente d'un bien du domaine privé, la constitution d'un droit réel, l'urbanisation d'un espace - se heurtait à une norme supérieure qui l'interdisait. En l'espèce, les règles régissant l'usage du domaine public ne font pas obstacle à l'exécution du contrat; elles obligent seulement son titulaire à obtenir une autorisation administrative, de même qu'il devra obtenir les diverses autorisations nécessaires pour stocker une grande quantité de produits présentant des risques sanitaires. L'irrégularité de l'occupation sans titre du domaine public ne procédant pas du contrat, elle ne peut affecter son contenu.

Cette situation est assez proche de celle, dont vous avez eu à connaître récemment, d'un contrat de mobilier urbain passé avec une commune qui ne disposait pas de la compétence domaniale, transférée à un établissement public de coopération intercommunale, pour autoriser l'implantation des mobiliers urbains. Vous avez censuré une cour qui avait jugé que cette incompétence de la commune privait de cause le contrat et l'entachait d'illicéité, comme si l'objet du

contrat était d'autoriser le cocontractant à occuper le domaine public alors qu'il s'agissait pour la commune d'obtenir des prestations d'affichage de l'information municipale et de mobiliers urbains, l'occupation domaniale étant une modalité d'exécution du contrat dont le prestataire devra s'assurer de la possibilité (CE, 30 novembre 2018, *sté CDA Publimédia*, n° 414377, aux T sur ce point).

Dans ce dernier cas comme dans la présente affaire, l'absence d'autorisation nécessaire pour l'exécution régulière du contrat aurait du conduire à son inexécution et à sa résiliation. Afin d'éviter cette situation, la personne publique peut - et même doit - exiger des candidats à l'attribution de la commande publique qu'ils justifient sinon des autorisations, du moins des garanties de les obtenir suffisantes. Mais leur défaut ne saurait être une irrégularité du contenu du contrat.

Cette confusion entre la licéité du contenu du contrat et la régularité des conditions de son exécution, dont on voit qu'elle n'est pas isolée, constitue l'erreur de droit commise par la cour.

Si vous nous suivez, vous annulerez son arrêt et lui renverrez l'affaire.

Vous pourrez mettre à la charge de France Agrimer le versement à la société requérante d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.