

N°s 438047 et 438054  
CNB et M. B...

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 26 mai 2021

Lecture du 9 juin 2021

## Conclusions

### Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

L'office du juge dans le cadre d'un contentieux « Tarn-et-Garonne » est-il limité par l'interdiction de l'ultra petita ? C'est la question posée par les pourvois qui viennent d'être appelés, dont le règlement au fond peut vous permettre, en outre, de vous prononcer sur les contours de la notion d'illicéité du contenu du contrat.

1. La commune de Sainte-Eulalie a engagé, en 2015, une procédure adaptée, sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics alors en vigueur, en vue de la conclusion d'un marché portant sur une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium.

Le marché a été attribué à la société Maliegui, dont la gérante est Mme Auby. M. B..., avocat associé du cabinet d'avocats Rivière Morlon et associés – désormais Rivière Avocats Associés – candidat évincé, qui a été informé que l'offre retenue était celle de la société Auby Conseil, a estimé que le véritable titulaire du marché n'était pas la société Auby Conseil mais la société Maliegui dont la gérante, Mme Auby, n'avait, selon lui, pas la qualité requise, dès lors que les missions essentielles du marché relèveraient d'une activité de consultation juridique devant être accomplie par les personnes habilitées par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande de M. B... tendant à la résiliation de ce marché et la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel de M. B... demandant de prononcer la nullité du marché ou, subsidiairement, de prononcer sa résiliation au motif :

- d'une part, que les conclusions tendant à ce que la cour prononce la nullité du marché étaient nouvelles en appel et par suite irrecevables,
- d'autre part, qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation du marché puisque l'exécution était achevée.

M. B... se pourvoit en cassation contre cet arrêt, ainsi que le Conseil national des barreaux.

2. Arrêtons-nous un instant sur le pourvoi du Conseil national des barreaux.

Celui-ci était intervenant devant la cour. En application de votre jurisprudence *Bories* (16 mars 2018, n° 408182, aux Tables sur ce point), la personne qui est intervenue devant la cour a qualité pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu contre les conclusions de son intervention. Puis, de deux choses l'une :

- soit cette personne aurait eu qualité, à défaut d'intervention de sa part, pour former tierce-opposition : elle peut alors contester tant la régularité que le bien-fondé de l'arrêt attaqué,
- soit elle n'aurait pas eu cette qualité, et elle n'est alors recevable à invoquer que des moyens portant sur la régularité de l'arrêt attaqué relatifs à la recevabilité de son intervention ou à la prise en compte des moyens qu'elle comporte, tout autre moyen devant être écarté par le juge de cassation. Précisons que cette notion de « prise en compte des moyens » n'autorise pas, nous semble-t-il, une critique sur le bien-fondé de l'arrêt puisqu'est en facteur commun le fait qu'il ne s'agit que de moyens sur la régularité de l'arrêt.

Or, un ordre professionnel ne justifie pas d'un intérêt lésé par la conclusion d'un contrat, et ce y compris si le contrat méconnaît les règles réservant l'exercice des prestations aux professionnels qu'il défend (3 juin 2020, Département de la Loire-Atlantique, n° 426932, aux Tables sur ce point, conclusions Gilles Pellissier).

Le CNB n'avait donc pas, en l'espèce, d'intérêt à contester la validité du contrat et il n'aurait donc pas pu former tierce-opposition. Nous sommes donc dans le second cas de figure de votre jurisprudence *Bories*, qui conduit à ce que le CNB ne puisse invoquer que des moyens relatifs aux motifs de l'arrêt concernant la recevabilité de son intervention ou à la prise en compte des moyens de celle-ci.

Les moyens du pourvoi qui n'entrent pas dans ce cadre doivent donc être écartés. Le CNB ne méconnaît bien sûr pas la jurisprudence *Bories*, mais souhaiterait qu'elle évolue. Au regard de son caractère récent et de l'accès permis au juge de cassation dans les conditions qu'elle prévoit, nous ne voyons toutefois pas de raison de vous inviter à faire droit à ce souhait de revirement jurisprudentiel, quand bien même il est soutenu que la Cour de cassation serait plus clémente en la matière.

Vous pourrez, en tout état de cause, estimer qu'il y a non-lieu à statuer sur le pourvoi du CNB si vous faites droit à celui de M. B..., comme nous allons bientôt vous le proposer.

S'agissant de son intervention au soutien du pourvoi de M. B..., celle-ci est, en revanche, recevable (10 février 2014, Société cabinet Abécassis, n° 376262, aux Tables sur ce point). Et dans la mesure où vous aviez admis le pourvoi du CNB parce qu'il comportait, à titre subsidiaire, une intervention, nous vous proposons d'admettre celle-ci expressément.

3. Venons-en à la question posée par l'unique moyen du pourvoi de M. B....

La cour a rejeté, comme nous l'avons dit, comme nouvelles en appel ses conclusions aux fins d'annulation du contrat. Après avoir rappelé votre considérant de principe de la décision

Tarn-et-Garonne quant à l'office du juge du contrat saisi par un tiers, la cour a ajouté « en revanche, le juge du contrat ne peut, sans excéder son office, regarder comme tendant à l'annulation du contrat des conclusions qui tendent uniquement et explicitement à sa résiliation ni, saisi de telles conclusions, prononcer d'office la nullité de ce contrat. »

En empruntant un regard contentieux « de droit commun », l'approche de la cour pourrait s'entendre : le juge ne doit pas statuer ultra-petita, ce qui pourrait conduire à considérer que lorsque le requérant ne demande que la résiliation, le juge ne peut aller au-delà, en prononçant l'annulation.

Mais ce serait faire fi de la spécificité du contentieux contractuel qui, s'agissant de l'office du juge, ne nous semble pas permettre de retenir un tel raisonnement. Pour au moins trois raisons.

La première tient à la rédaction même de votre décision Tarn-et-Garonne s'agissant de l'office du juge : « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. » C'est de cette façon que les conclusions doivent être formulées ou, le cas échéant, requalifiées par le juge.

Dans cet esprit, consistant à considérer que c'est bien au juge de requalifier, le cas échéant, des conclusions, vous avez déjà retenu que, dans le cadre d'un recours Béziers II, il lui appartenait, lorsqu'il est saisi de conclusions « aux fins d'annulation » d'une mesure de résiliation, de les regarder comme un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles (27 février 2019, Société Opilo, n° 410537, aux Tables).

En outre, la rédaction de Tarn-et-Garonne poursuit en précisant ce qui relève, non pas de la formulation des conclusions par les parties, mais de l'office du juge, en indiquant qu'il lui « appartient » d'apprécier les vices en présence et de décider soit la poursuite de l'exécution du contrat, soit l'invitation à prendre des mesures de régularisation, soit enfin la résiliation du contrat, et si le contrat a un contenu illicite ou se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité qu'il doit relever d'office, l'annulation totale ou partielle du contrat.

Autrement dit, le juge dispose de la palette bien connue de mesures à sa main, et sa boussole pour retenir la mesure appropriée n'est pas la formulation des conclusions par les parties – dès lors évidemment qu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité – mais le type d'irrégularité auquel il est confronté.

Dans ce cadre, qui lui confère, non pas tant un large pouvoir d'appréciation – car les irrégularités sont précisément définies – qu'une large possibilité de mesures en fonction des

irrégularités constatées, il ne peut pas, pour autant, tout faire, et notamment il rencontre deux limites :

- la première tient au champ des conclusions s'agissant de leur objet même, c'est-à-dire le contrat dans son entièreté ou certaines de ses clauses. Il ne peut s'auto-saisir de clauses qui ne seraient pas mises dans le débat par les parties sauf, alors, à statuer cette fois ultra-petita ;
- la seconde tient à ce qu'il ne peut évidemment s'extraire des deux grandes catégories de conclusions dont il peut être saisi, tendant à la contestation de la validité du contrat et/ou à une indemnisation du préjudice.

La deuxième raison qui nous conduit à ne pas suivre la cour tient aux incohérences qui résulteraient de la solution qu'elle a entendu dégager.

En effet, le juge pourrait être conduit à constater un vice d'une particulière gravité, vice qu'il est tenu de soulever d'office, mais il aurait en quelque sorte les mains liées, puisqu'il ne pourrait pas, s'il n'a été saisi que de conclusions tendant à la résiliation, en tirer les conséquences en prononçant l'annulation du contrat.

On voit là que ce qui relève, d'une part, des moyens qu'il doit, le cas échéant, relever d'office et, d'autre part, des mesures qu'il lui appartient de prendre, indépendamment de la formulation des conclusions, est très étroitement lié. Et cette cohérence est essentielle car c'est elle qui permet de sanctionner des irrégularités d'ordre public.

La troisième raison, qui n'est pas moindre, tient au précédent que vous avez déjà dégagé en ce sens s'agissant de l'office du juge du référé précontractuel.

Nous ne méconnaissons pas la différence de nature des procédures, qui pourrait conduire à retenir des solutions différentes, mais en l'occurrence, nous ne voyons pas de raison de vous en écarter. Avec la décision Commune d'Andeville (20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234, au Recueil), vous avez en effet jugé, s'agissant du référé précontractuel, que « dès lors qu'il est régulièrement saisi, [le juge] dispose – sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat – de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ». Il peut ainsi annuler la procédure alors que seule la suspension était demandée (voir aussi 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, n° 298618, au Recueil).

Il est vrai que dans ses conclusions, Didier Casas insistait sur « *l'identité profonde du juge du référé précontractuel* » pour fonder la solution, mais pour autant son raisonnement consistant à proposer de « *considérer globalement les pouvoirs dont [le juge] dispose, comme faisant un tout indissociable au service d'une fin unique : permettre au juge, dès lors qu'il est compétemment saisi, de tout mettre en œuvre pour faire cesser immédiatement le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il est le gardien* » nous semble transposable. Il s'agit ici de permettre au juge de disposer de tous ses pouvoirs au service d'une autre fin - la sanction des irrégularités du contrat - dont l'appréciation du degré

de gravité lui permet de concilier la sécurité juridique, la validité du contrat et l'intérêt général.

Nous vous proposons donc de retenir que lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat, il appartient au juge de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés et le cas échéant, en présence d'une irrégularité la justifiant, de prononcer l'annulation du contrat quand bien même le requérant n'aurait demandé que sa résiliation.

Vous vous prononcerez, dans le cadre du litige qui vous est soumis, sur les recours des tiers, mais cette solution vaudra nécessairement – et c'est heureux en termes de cohérence - aussi pour des recours des parties dans le cadre de votre jurisprudence Béziers I, puisque la formulation des pouvoirs du juge comme des irrégularités susceptibles de conduire à une annulation est similaire (contenu illicite et vice d'une particulière gravité incluant notamment le vice de consentement).

Dans ce cadre, si vous nous suivez, une hésitation est toutefois permise sur un point d'application : le juge doit-il alors nécessairement informer les parties avant de prononcer une telle annulation ?

Cette obligation d'information préalable existe s'agissant du référé précontractuel mais les textes le prévoient (article L. 551-12 du code de justice administrative).

S'agissant de l'office du juge dans le cadre d'un contentieux « Tarn-et-Garonne », la question de l'information préalable des parties avant une éventuelle annulation ne se pose pas s'il doit de toutes façons relever d'office un moyen tenant à une irrégularité d'ordre public. Elle survient si ce moyen est déjà dans la discussion entre les parties, sans que l'une d'elles ait pour autant demandé l'annulation. Vous pourriez estimer que le juge devrait alors informer les parties de son intention d'annuler. Pourtant, même si cela est toujours possible, nous ne pensons pas qu'il faille en faire une obligation à peine d'irrégularité, car nous y voyons une forme de contradiction avec l'idée même que des conclusions présentées comme ne tendant qu'à la résiliation doivent être requalifiées en conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat, autorisant le juge à en tirer toutes les conséquences.

4. En l'espèce, en conséquence, l'arrêt est donc entaché d'erreur de droit. Il ne nous semble pas possible de procéder par substitution de motifs. La cour ne s'est pas considérée, comme elle l'aurait dû, saisie régulièrement de conclusions à fins d'annulation. Il est donc nécessaire que les faits soient de nouveau analysés dans un cadre clarifié.

Vous annulerez donc l'arrêt, si vous nous suivez. Précisons qu'il vous faut, en toute logique, annuler tout l'arrêt (hormis le point relatif à l'intervention). Une cassation partielle en tant seulement que l'arrêt concerne les conclusions à fin d'annulation serait, en effet, incohérente avec l'idée même que de telles conclusions n'existent normalement pas et sont incluses dans les conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat.

Le règlement de l'affaire au fond ne s'impose ensuite que sous réserve de la réponse que vous apporterez à la question suivante : l'irrégularité invoquée en l'espèce était-elle de nature à engendrer l'annulation du contrat ?

La circonstance qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la résiliation - en présence d'un contrat exécuté - ne fait pas obstacle à son annulation (15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 413584, au Recueil).

Il n'y a bien sûr aucun intérêt à renvoyer l'affaire à la cour s'il vous suffit de constater que l'irrégularité invoquée n'est pas de celles qui peuvent justifier l'annulation.

Or, l'objet même du contrat tel qu'il est formulé initialement par la personne publique n'est, à l'évidence, pas contraire à la loi : il s'agit d'une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium.

En revanche, la qualité juridique de l'attributaire à qui le contrat est confié et, le cas échéant, de l'irrégularité en résultant, nous semble un peu plus délicate. A supposer que la prestation litigieuse devait être qualifiée de conseil juridique au sens de la loi de 1971 (ce qui ne va pas de soi), elle ne pouvait alors être confiée qu'aux professionnels autorisés à l'exercer en application de cette loi. Et à supposer que tel n'était pas le cas de l'attributaire (ce qui ne va pas non plus de soi en l'espèce), cette irrégularité est-elle de celle qui entraîne l'annulation du contrat pour illicéité du contenu du contrat ?

Autrement dit, comment qualifier l'irrégularité consistant à confier un contrat à une personne qui ne peut pas légalement y répondre ?

Vous pourriez considérer qu'il s'agit d'une question de « capacité » du titulaire à exécuter le marché, rejoignant alors le cas dans lequel une norme méconnue est relative à une condition ou modalité d'exécution, que vous avez exclu du champ de l'illicéité de l'objet du contrat avec votre décision Cerba (9 novembre 2018, Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie, n° 420654, 420663, au Recueil). Vous avez, en effet, retenu une acception très stricte de la notion de contenu illicite du contrat, en estimant que l'objet même du contrat devait être entaché d'une telle illicéité.

Vous avez précisé 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 ».

Dans le cas d'une société qui ne pourrait pas légalement exercer une certaine activité régie par des obligations légales et qui, du simple fait de s'engager dans le contrat, méconnaît nécessairement la loi, n'est-ce pas l'objet même du contrat qui revêtirait alors, de ce fait, un caractère illicite ?

Nous avouons avoir hésité sur ce point. En effet, si les capacités du titulaire ne sont pas des règles d'ordre public que le juge doit relever d'office et dont la sanction est l'annulation, puisque la résiliation suffit alors à permettre que la personne qui ne peut exécuter le contrat cessera de le faire, la solution pourrait être différente lorsque la nature juridique même de l'attributaire conduit à méconnaître la loi. Il ne nous paraît pas évident de transposer votre raisonnement relatif à des capacités tenant seulement à l'exécution, d'ordre technique ou financière, à des « capacités légales ».

Néanmoins, trois éléments nous convainquent finalement plutôt d'écarter une telle irrégularité du champ de celles qui sont relatives au contenu du contrat.

D'abord, l'esprit de votre jurisprudence est très restrictif s'agissant de la notion d'illicéité du contrat. Et la précision apportée par la décision Cerba que nous avons citée couvre plutôt l'hypothèse d'une évolution des termes du contrat incluant donc sa version finale, une fois signé.

Ensuite, la question de la capacité légale de l'attributaire à exercer un contrat peut supposer une analyse fine, nourrie d'un travail de qualification approfondi, qui s'accommode sans doute mal de la notion de moyen d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office. Le cas d'espèce l'illustre : il n'est pas évident de savoir si la prestation constitue ou non d'une consultation juridique au sens de la loi de 1971. Si vous dégagiez une telle notion, faudrait-il alors englober toute méconnaissance de la loi ou seulement celle portant sur le cœur du contrat, et faudrait-il distinguer entre obligations légales et réglementaires, alors qu'un décret peut comporter des dispositions substantielles sur une qualité juridique requise ?

Enfin, en cas d'irrespect grave de critères posés par la loi s'agissant d'une catégorie d'attributaires précis, supposant par exemple un agrément, et faisant intervenir des enjeux d'intérêt général, de protection de certains publics ou encore des enjeux de sécurité ou de santé, le juge dispose d'un autre terrain de réponse en annulant, le cas échéant, un contrat confié à celui à qui il n'aurait pas dû l'être via le motif du vice grave, autre branche de l'annulation. Il est plus à même de vous permettre de faire le partage entre ce qui justifie l'annulation ou la résiliation selon ce que vous jugerez véritablement substantiel. Et nous pensons que le juge devrait se saisir de la notion de vice grave dans le cas où, à l'évidence, le contrat ne peut pas être confié à un prestataire ne répondant pas à des exigences légales, du fait de la méconnaissance flagrante de la loi qui en résulterait.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc constater que l'irrégularité pointée concerne ici la qualification juridique de l'attributaire - et ce à supposer que la prestation entre dans le champ de la consultation juridique - et que cette irrégularité n'est pas de celle qui justifie une annulation pour illicéité du contenu du contrat, et sans que le juge doive, dans les circonstances de l'espèce, soulever d'office l'existence d'un vice grave.

S'agissant enfin de la résiliation dans le cadre de ce règlement au fond, qui si elle pouvait reposer sur des conclusions distinctes, vous conduiraient à prononcer un non-lieu (le contrat

ayant été exécuté), vous pourrez juger que le requérant n'est pas fondé à se plaindre de ce que le tribunal administratif a rejetées les conclusions dans leur ensemble.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi du CNB
- à ce que l'intervention du CNB soit admise
- à l'annulation des articles 2 à 5 de l'arrêt attaqué
- au rejet de la requête d'appel de M. B... et de ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- à ce que M. B... verse à la commune de Sainte-Eulalie une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.