

**N° 398445**  
**Syndicat mixte de promotion**  
**de l'activité transmanche**

**Section du contentieux**  
**Séance du 23 juin 2017**  
**Lecture du 30 juin 2017**

## **CONCLUSIONS**

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* (n° 358994, rec. p. 70, concl. B. Dacosta), a réalisé une profonde recomposition des voies de recours ouvertes aux tiers à un contrat administratif à l'encontre de ce dernier. Revenant sur une jurisprudence plus que séculaire qui ne leur permettait que de demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables du contrat (CE, 4 août 1905, *Martin*, p. 749), vous avez jugé qu'ils pouvaient désormais, par un recours de plein contentieux, contester directement la validité du contrat. Cette évolution, précisons-le d'emblée pour ne plus y revenir, dans le sillage de laquelle s'inscrit celle que nous allons vous proposer aujourd'hui, ne concerne pas les contrats de recrutement d'agents publics, qui peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir depuis votre décision de Section du 30 octobre 1998, *ville de Lisieux* (rec. p. 375, ccl. Stahl. Solution confirmée par la décision 2 février 2015, *C...c/ Cne d'Aix-en-Pce*, n° 373520, au rec).

La conséquence de l'ouverture aux tiers d'une voie de recours directe contre le contrat est la fermeture de la voie de contournement que représentait le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de la conclusion du contrat. Elle ne demeure que de manière marginale, dans des cas et dans des conditions qui garantissent contre toute velléité des tiers de l'utiliser pour s'affranchir des règles régissant la voie nouvelle qui leur a été ainsi ouverte : les actes concourant à la conclusion du contrat et tant que celui-ci n'est pas conclu restent détachables pour le représentant de l'Etat qui peut les contester par la voie de l'excès de pouvoir, dans le cadre du contrôle de légalité ; l'acte administratif portant approbation du contrat par une autorité qui n'en est pas partie, certes postérieur à sa conclusion mais nécessaire à son exécution, est également détachable du contrat pour les tiers qui sont recevables, sous certaines conditions, à en contester la légalité devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, 23 décembre 2016, *Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, n° 392815, aux T sur ce point) ; enfin, restent justiciables du recours pour excès de pouvoir les actes administratifs détachables de la formation des contrats de droit privé (Sect, 26 nov 1954, *Syn de la raffinerie du soufre française*, p. 620 ; CE, 27 février 2015, *M. A... et autres*, n° 386595, aux T sur ce point).

La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat (Ass, 10 juillet 1996, *C...*, n°138536 p. 274, solution étendue à la décision de refus de les modifier : CE, 15 janvier 1999, *S...*, n° 188588, DA 1999, n° 67), que la décision *Département de Tarn-et-Garonne* maintient expressément<sup>1</sup>, participe d'une logique différente puisqu'elle vise à permettre aux tiers de saisir une norme de portée générale, non contractuelle bien que contenue dans le contrat et de ce fait détachable de celui-ci.

Si nous avons employé le terme de recomposition pour décrire la portée de votre décision *Dept de Tarn-et-Garonne*, c'est parce qu'elle ne se contente pas de faire passer un recours d'une branche du contentieux à une autre mais que, d'une part, elle en redéfinit substantiellement les modalités, d'autre part, elle l'insère dans l'ensemble plus vaste des contentieux contractuels, en permettant aux tiers de saisir un juge du contrat dont l'office a été également profondément redéfini au cours de la dernière décennie (sur l'office du juge du contrat saisi par les parties : Ass, 28 déc 2009, *Cne de Béziers*, n° 304802, p. 509). Aujourd'hui, le tableau des contentieux contractuels hors fonction publique offre un paysage qui se rapproche d'un jardin à la française : les différents recours dont disposent les tiers et les parties sont autant de voies aboutissant au juge du contrat doté des mêmes pouvoirs de donner au litige une solution qui représente le meilleur équilibre entre les exigences de la légalité, de l'intérêt général et de la stabilité des relations contractuelles, dans le respect des droits créés.

Cette recomposition n'est cependant pas encore complètement achevée. La jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* ne concerne que la contestation du contrat et les actes détachables antérieurs à sa conclusion qui permettaient auparavant aux tiers d'en contester indirectement la validité. Si, en dehors des voies de recours spécialement destinées à permettre aux candidats évincés d'obtenir le respect des règles de mise en concurrence, la contestation du contrat concentre l'essentiel des recours des tiers en matière contractuelle, ceux-ci ont également la possibilité de contester certains actes détachables relatifs à l'exécution du contrat. Cette faculté leur a été ouverte, et à eux seuls<sup>2</sup>, par la décision de Section du 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC)* (n° 53518, p. 239, AJDA 1964, p. 308, concl. Combarous)<sup>3</sup> dont la formulation très générale mérite d'être citée : la société requérante est, « en sa qualité de tiers par rapport à ladite convention, recevable à déférer au juge de l'excès de pouvoir, en excipant de leur illégalité, tous les actes qui bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Est ensuite qualifiée de détachable du contrat la décision de la personne publique cocontractante refusant d'en prononcer la résiliation, c'est à dire d'y mettre unilatéralement fin avant sa complète exécution.

Les décisions par lesquelles vous avez fait application de cette jurisprudence sont infiniment moins nombreuses que celles ayant appliqué la jurisprudence *Martin*. Elles se comptent sur les doigts d'une main : outre la décision de principe que nous venons de citer, vous avez statué sur des refus de résiliation à deux reprises par des décisions *Fayard* du 11 janvier 1984, (p. 4) et *société Eiffel-Distribution* du 8 décembre 2004, (n° 270432, aux T), cette dernière dans le cadre d'un référé suspension. Vous avez ensuite étendu cette solution au

---

<sup>1</sup> Voir, pour une application postérieure : 30 juin 2016, *Syn des cies aériennes autonomes*, n° 393805, aux T.

<sup>2</sup> Contrairement aux actes antérieurs à la conclusion du contrat qui étaient également détachables pour les parties au contrat (CE, 11 décembre 1903, *Cne de Gorre*, p. 770).

<sup>3</sup> Abandonnant le principe de l'irrecevabilité d'un tel recours : CE, 6 mai 1955, *Sté des grands travaux de Marseille*, AJDA 1955, II, p. 327.

recours de tiers contre la décision de résiliation elle-même (Ass, 2 février 1987, *sté TV6, sté France 5*, p. 29, RFDA 1987, p. 29, ccl. M. Fornacciari).

La présente affaire, qui s'inscrit dans un litige comparable à celui de la décision *SA LIC*, vous donne l'occasion, et nous venons de voir qu'elle est rare, de poursuivre votre œuvre de recomposition des recours en matière contractuelle en réexaminant les modalités, les conditions de recevabilité et les effets des recours des tiers contre certaines décisions prises au cours de l'exécution du contrat, à savoir les décisions de refus d'en prononcer la résiliation. Mais, sauf à vouloir en profiter pour traiter l'ensemble des recours des tiers contre des mesures d'exécution du contrat, ce que nous ne vous proposerons pas, votre décision complétera l'édifice, sans l'achever.

Nous commencerons par vous exposer les raisons qui justifient à nos yeux de revoir les modalités des recours des tiers auxquels a été opposé un refus de résilier le contrat.

Contrairement à l'usage, nous ne ferons valoir aucun argument en faveur du maintien sous l'empire de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* d'un recours pour excès de pouvoir ouvert aux tiers à l'encontre de cette décision car nous n'en avons tout simplement pas trouvé. Non seulement les justifications de la reconnaissance de cette voie de droit n'existent plus, mais son maintien serait à la fois incohérent au regard des nouvelles règles régissant les actions des tiers en contestation de la validité du contrat et de nature à en compromettre les finalités.

En premier lieu, les mêmes raisons qui vous avaient conduits à ouvrir aux tiers le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de l'exécution du contrat plaident aujourd'hui pour redéfinir ce recours par référence à la voie principale de la contestation de la validité du contrat ouverte aux tiers par la décision *Dépt de Tarn-et-Garonne*.

Ces recours sont en effet proches par leurs objets et par leurs fins, la contestation du contrat dans un cas, de son maintien dans l'autre, à tel point que la décision *SA LIC* fait en quelque sorte masse des deux en décrivant l'objet de la demande présentée au tribunal administratif comme tendant « à contester le droit du ministre... de passer et de maintenir avec la société SVP un accord... ». Comme le faisait observer le président Combarrous dans ses conclusions sur cette décision, dans le cas du recours contre le refus de résilier « comme dans le cas du recours dirigé contre l'acte de passation, le requérant conteste, suivant l'expression même de vos arrêts, le droit pour l'administration de passer certaines conventions ».

Cette proximité des objet et finalité des recours est la raison invoquée par le commissaire du gouvernement de l'affaire *SA LIC* pour étendre aux refus de résiliation la jurisprudence *Martin* : « dès lors que vous admettez le recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de l'acte de passation du contrat, il faudrait de très fortes raisons pour admettre que le recours tendant au retrait total ou partiel de cet acte n'est pas possible ». La circonstance que l'acte soit postérieur à la conclusion du contrat ne justifie pas, à elle seule, de lui réserver un sort différent dès lors, expliquait-il, que le critère de la détachabilité n'est pas le moment auquel l'acte intervient mais son objet : sont détachables « les actes par lesquels l'administration décide de contracter » ; ne le sont pas « les actes pris en vertu du contrat et dans le cadre de celui-ci ». Cette distinction, nous le verrons, demeure parfaitement valable.

Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui vous ont conduit à ouvrir aux tiers un accès direct au juge du contrat pour contester la validité de celui-ci. Disons simplement que, loin de remettre en cause la possibilité de cette contestation, vous avez voulu la rendre à la fois plus simple dans son usage, plus efficace et plus équilibrée dans ses effets. Dès lors que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre le refus de résiliation constituait la suite logique de l'ouverture de ce recours contre les actes de passation, la transformation du recours contre le contrat doit s'étendre au recours contre le refus de le résilier.

En second lieu, le maintien d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de refus de résiliation, compte tenu précisément de la proximité de cette décision avec celle de passer le contrat, compromettrait l'équilibre entre légalité et stabilité contractuelle que poursuit la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*.

Cet équilibre résulte à la fois des conditions encadrant le recours des tiers contestant la validité du contrat, conditions relatives au délai pour agir, de deux mois à compter des mesures de publicité adéquates du contrat, à leur intérêt pour agir, qui doit, sauf exceptions, être suffisamment direct et certain et aux moyens qu'ils peuvent invoquer qui doivent, en règle générale, être en rapport avec leur intérêt, et des pouvoirs étendus reconnus au juge du contrat saisi du recours pour déterminer les conséquences sur le contrat de l'irrégularité qu'il constate. Or le recours pour excès de pouvoir n'offre pas les mêmes possibilités d'ajustement des modalités du recours. L'intérêt pour agir est traditionnellement apprécié de manière plus libérale ; plus encore, il est difficile de limiter les moyens susceptibles d'être invoqués par le requérant; enfin, l'office du juge de la légalité est beaucoup plus contraint que celui du juge du plein contentieux contractuel. Ces raisons sont celles qui vous ont conduits à ouvrir aux tiers un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat plutôt que d'étendre aux contrats le recours pour excès de pouvoir.

Par conséquent, maintenir le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat, dont la légalité dépend notamment, ainsi que cela ressort expressément de la décision *SA LIC*, de celle du contrat, et dont l'annulation implique en principe la résiliation du contrat, revient à permettre à n'importe quel tiers y trouvant quelque intérêt de remettre en cause à tout moment l'existence du contrat alors même qu'il ne serait pas ou plus recevable à en contester directement la validité, contrairement à l'objectif de sécurisation du contrat dans ses éléments constitutifs après l'expiration des délais de recours à son encontre visé par la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. L'éventualité de ce recours fait ainsi peser sur le contrat la même menace que celle que faisait peser l'annulation de l'acte détachable relatif à sa passation à partir du moment où le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif lui a fait perdre son effet platonique.

Les circonstances de la présente affaire illustrent parfaitement ce risque : Le Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT) a été constitué en 2000 entre plusieurs collectivités et établissements publics de coopération intercommunale des départements de la Seine-Maritime et de la Somme pour poursuivre l'exploitation de la liaison maritime entre Dieppe et Newhaven, à la suite du départ de la société P&O. Après l'avoir exploitée en régie, le syndicat en a confié l'exploitation à la société Louis Dreyfus Armateurs, par une convention du 29 décembre 2006, pour une durée de 8 ans, ultérieurement prolongée pour trois ans. En novembre 2010, les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel group Ltd, qui exploitent, à presque 200 km de Dieppe, sous la dénomination Eurotunnel, le tunnel sous

la Manche, ont demandé au Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche de résilier cette convention. N'ayant pas obtenu de réponse, ils ont contesté cette décision implicite de rejet devant le TA de Rouen qui a rejeté leur demande, puis devant la CAA de Douai qui y a fait droit au motif que le contrat était en réalité un marché public qui ne pouvait être légalement passé selon les règles applicables aux délégations de service public. Elle a enjoint au Syndicat mixte de résilier la convention dans un délai de six mois. Vous avez, à la demande du Syndicat requérant, ordonné le sursis à exécution de cet arrêt.

Si la qualification juridique de la convention sur laquelle repose l'arrêt est critiquée par le syndicat requérant, il ne conteste aucunement le principe même d'une appréciation de la légalité de la décision de refus de résilier la convention à l'aune de la régularité de cette dernière. Un tel contrôle résulte de la décision *SA LIC* qui assimile décision de conclure et décision de maintenir le contrat et dont les motifs sont entièrement consacrés au droit du ministre de la conclure.

Or le moyen que la cour a retenu pour annuler le refus de résilier le contrat et enjoindre à la personne publique de le faire aurait été écarté comme inopérant par le juge du contrat saisi d'un recours des mêmes requérants en contestation de la validité du contrat, dans le cadre de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. A supposer même que l'intérêt exclusivement commercial de ces requérants ait pu être regardé comme suffisamment direct et certain, l'irrégularité de la procédure de passation du contrat est sans rapport avec leur intérêt, dès lors qu'ils n'étaient ni candidats à l'attribution de la convention ni n'allèguent avoir été dissuadés de l'être du fait de l'irrégularité qu'ils invoquent. Par ailleurs, vous savez que l'application d'une procédure de sélection inapplicable n'est pas, sauf circonstances très particulières qui ne sont pas réunies en l'espèce, une irrégularité d'une gravité telle que le juge doive la relever d'office (voyez notamment CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du nord et de l'est de la France*, n° 332136, aux T sur ce point).

Il est vrai que la cour n'était pas tenue d'enjoindre au Syndicat de résilier la convention. Le juge de l'exécution dispose, selon la grille établie à propos de l'office du juge chargé de déterminer les effets de l'illégalité de l'acte détachable du contrat sur ce dernier (21 février 2011, *Société Ophrys*, p. 54), d'une certaine marge d'appréciation des conséquences à tirer de l'annulation qu'il a prononcée : aucune régularisation n'étant en l'occurrence envisageable, il pouvait décider qu'un intérêt général faisait obstacle à la résiliation du contrat. Mais ces considérations d'intérêt général doivent être particulièrement fortes pour faire échec à un effet intrinsèque de l'annulation d'une décision, qui implique en principe qu'elle ne soit pas maintenue. La conséquence normale de la constatation que la personne publique ne pouvait légalement refuser de résilier est bien qu'elle doit le faire.

Même s'il ne se concrétise pas souvent, le risque que la jurisprudence *SA LIC* ne devienne une voie de contournement des règles de recevabilité du recours en contestation de la validité du contrat est certain et vous devez le conjurer, comme vous l'avez fait lorsque vous avez jugé que le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat d'une action en nullité du contrat n'était pas détachable des relations contractuelles, afin que les tiers ne puissent utiliser cette voie pour obtenir l'annulation du contrat, qui n'était alors accessible qu'aux parties et aux candidats évincés (CE, 17 décembre 2008, *Association pour la protection de l'environnement du Lunellois et autres*, n° 293836, au rec).

Nous ne vous proposerons pas, pour ce faire, de supprimer ce recours, mais de l'adapter. En effet, l'ouverture aux tiers d'un recours contre le contrat lui-même ne nous paraît pas conduire à leur fermer toute possibilité de contester le refus de le résilier. A cet égard, si un contrat administratif est évidemment source de droits, il n'est pas assimilable à un acte individuel créateur de droits, ni par conséquent sa résiliation à une abrogation. Ne serait-ce que parce qu'un acte individuel créateur de droits devenu définitif ne peut être abrogé, y compris s'il est illégal ou si un changement des circonstances de droit et de fait l'a rendu tel (Sect, 30 novembre 1990, *Association « Les Verts »*, p. 339 ; CE, 26 mars 2001, *Association pour la gratuité de l'autoroute A8*, n° 202209, aux T, concernant un acte d'approbation d'un contrat), alors que la personne publique cocontractante peut toujours, à tout moment, décider la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ou à titre de sanction des fautes graves commises par le cocontractant dans l'exécution du contrat. Vous savez qu'il s'agit d'une prérogative de puissance publique dont elle dispose indépendamment des clauses du contrat et à laquelle elle ne peut contractuellement renoncer (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, p. 141).

Dès lors que la personne publique dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale des contrats auxquels elle est partie pour des motifs qui, pour certains, dépassent la conduite des relations contractuelles et ne sont ni nécessairement ni généralement tirés de l'irrégularité du contrat, il apparaît à la fois légitime que l'exercice de ce pouvoir puisse être contrôlé par un juge, même si ce contrôle sera le plus souvent très distancié, et qu'il puisse l'être à la demande d'un tiers. Comme nous l'avons dit, et votre décision *SA LIC* est fondée sur cette idée, le refus de résilier un contrat exprime une décision de même nature que celle de le conclure, mais dont l'objet, qui porte sur la poursuite de l'exécution du contrat, et les circonstances de droit et de fait dans lesquelles elle est prise, sont différents, de sorte que les motifs qui justifiaient la conclusion d'un contrat ne sont pas toujours ceux qui justifient son maintien. Dès lors, les tiers peuvent avoir tout autant intérêt à contester la poursuite de l'exécution du contrat que sa conclusion et le recours contre le contrat ne permet pas de contrôler le choix postérieur de la personne publique d'en poursuivre l'exécution.

Si vous partagez cet avis, il vous reviendra de définir les règles applicables au recours des tiers auxquels aura été opposé un refus de la personne publique cocontractante de résilier les contrats administratifs auxquels elles sont parties. Le refus de résilier un contrat de droit privé demeure quant à lui détachable de l'exécution de ce contrat, dont le juge n'est pas le juge administratif, et susceptible de recours pour excès de pouvoir.

La nécessité d'insérer harmonieusement ce recours dans l'ensemble du contentieux contractuel conduit à en définir les règles par référence au recours des tiers en contestation de la validité du contrat, puisqu'il porte sur une décision dont l'objet est substantiellement proche et concerne une même catégorie de requérants, tout en les adaptant à la spécificité de son objet qui porte sur la décision de poursuivre l'exécution du contrat.

Comme vous l'avez fait pour le recours en contestation de la validité du contrat, il convient de diriger ce recours vers le juge du contrat, qui est le mieux outillé pour y statuer, et de le recentrer sur l'objectif recherché par le requérant, qui est d'obtenir la cessation de l'exécution du contrat.

Le tiers requérant devra d'abord la demander à la personne publique cocontractante, afin de lier le contentieux, mais la décision de refus qui lui aura été opposée ne sera pas l'objet de son recours contentieux, comme lorsqu'il s'agissait de parvenir à la résiliation du contrat par la voie détournée de l'annulation de l'acte détachable suivie d'une injonction de résilier le contrat. La contestation du refus de résiliation qui aura été opposé au tiers ne sera que le vecteur de conclusions qui tendront à ce que le juge du contrat, juge de pleine juridiction qui dispose de ce pouvoir, prononce la résiliation du contrat. Ce ne sera pas la première fois que vous fusionnez ainsi des conclusions aux fins d'annulation et d'injonction pour définir, dans le cadre d'un contentieux devenu de pleine juridiction, l'office du juge en fonction de ces dernières (voyez, par exemple, en matière de démolition d'ouvrage public mal planté : CE, 13 février 2009, *Cté de cnes du canton de Saint-Malo de la Lande*, n° 295885, aux T). Mais ce schéma est surtout celui que vous avez élaboré par votre décision de Section du 21 mars 2011, *cne de Béziers* (n° 304806) pour le recours d'une partie au contrat contre une décision de résiliation : la contestation de la validité de la mesure de résiliation n'est que l'occasion d'un recours qui tend à la reprise des relations contractuelles. Nous dirons donc en paraphrasant notre collègue Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions sur cette décision, que le cœur de l'office du juge est ici de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non se poursuivre.

Comme vous l'avez admis dans le cadre de la contestation de la validité du contrat, les tiers pourront demander en référé, à l'occasion du refus qui leur aura été opposé de résilier le contrat, la suspension de l'exécution du contrat. Le référé pourra produire ici plus d'effets que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, où il ne pouvait conduire qu'à suspendre l'exécution du refus de résiliation et à obliger l'administration à réexaminer la demande de résiliation (CE, 8 décembre 2004, *sté Eiffel distribution*, précitée). La suspension de l'exécution du contrat peut avoir des conséquences importantes sur les droits des parties et sur la gestion du service à laquelle il concourrait. La perturbation qu'elle cause dans les relations contractuelles est même presque plus forte lorsque leur interruption est temporaire. Mais ces effets ne sont cependant pas substantiellement différents de ceux qu'entraîne la suspension de l'exécution du contrat dans le cadre de l'application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. Dans tous les cas, il appartiendra au juge des référés d'en tenir compte dans l'appréciation de l'urgence qui, comme vous le savez, consiste à mettre en balance les différents intérêts en présence. Il le fera dans le cadre de son office particulier qui est de décider si la résiliation s'impose. Nous ne pensons pas que leur éventualité doive, par elle-même, conduire à exclure cette décision du champ du référé suspension, ce que vous n'avez jamais fait pour aucune décision.

Enfin, le requérant pourra présenter des conclusions indemnitaires tendant à la réparation du préjudice que lui causerait le maintien du contrat au cas où le juge le déciderait malgré l'illégalité de la décision de refus de le résilier.

S'agissant des conditions de recevabilité du recours en résiliation du contrat, le parallélisme entre ce recours et le recours en contestation de la validité du contrat qui résulte de ce qu'ils tendent tous deux à remettre en cause un contrat conclu conduit à transposer au premier les conditions tenant à l'intérêt pour agir dégagées pour le second. En effet, l'exigence, selon les termes de votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*, que le tiers requérant justifie « être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par le contrat est une composante essentielle de l'équilibre entre la légalité et la stabilité des

relations contractuelles, qui ne doivent pas être placées sous la menace permanente d'un recours contentieux. Cet équilibre s'impose également voire de encore plus fortement au cours de l'exécution du contrat, qui n'a pas été contesté en temps utile ou l'a été sans succès, et dont les parties doivent pouvoir compter sur un environnement juridique qui garantisse qu'il sera normalement conduit à son terme. Il convient donc de réserver aux seuls tiers justifiant d'une atteinte directe à des intérêts suffisamment sérieux la possibilité d'en perturber le cours. Cette exigence s'appréciera au regard des conséquences pour les intérêts dont se prévaut le tiers de la poursuite de l'exécution d'un contrat. Ces intérêts ne seront donc pas nécessairement les mêmes que ceux susceptibles d'être lésés par la conclusion du contrat.

Comme vous l'avez fait pour la contestation de la validité du contrat, vous devrez faire une exception à cette exigence particulière en ce qui concerne l'intérêt pour agir du représentant de l'Etat, qui doit lui être reconnu du seul fait de sa mission constitutionnelle de contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales.

L'extension de cette exception aux membres des organes délibérants des collectivités territoriales pourrait être davantage discutée. Vous l'avez prévue s'agissant du recours en contestation de la validité du contrat car l'assemblée délibérante se prononce toujours sur la conclusion du contrat et que vous reconnaissez de manière générale aux membres des assemblées délibérantes un intérêt pour agir contre leurs délibérations. Or le refus de résilier le contrat ne donne pas toujours lieu à une délibération de l'assemblée de la collectivité. Cette différence ne nous paraît cependant pas de nature à prévaloir sur la similitude d'objet des recours et à introduire une distinction source de complexité.

La mise en œuvre du délai de recours de deux mois, règle d'application désormais générale<sup>4</sup>, ne présente aucune difficulté en présence d'une décision provoquée : il courra à compter de la notification d'une décision expresse ou de la naissance d'une décision implicite, dans les conditions du droit commun.

Conformément à l'objet du recours, qui ne porte plus sur la légalité d'une décision et à l'office du juge qui en découle, les moyens qui pourront être utilement invoqués seront ceux tendant à établir non seulement que la personne publique ne pouvait refuser de mettre fin à l'exécution du contrat mais encore et surtout que le juge doit décider de le faire. La fusion des conclusions en annulation et aux fins d'injonction dans ce nouveau recours en résiliation du contrat ne rend utiles que les moyens qui antérieurement auraient justifié une injonction de résilier le contrat.

Ainsi, et en premier lieu, seront inopérants les moyens relevant de la régularité externe de la décision de refus de résiliation.

En deuxième lieu, seules les irrégularités du contrat initial qui font en principe obstacle à la poursuite de son exécution devraient pouvoir être invoquées à l'appui d'une demande tendant à sa résiliation. Les vices ayant un tel effet tiennent, selon les formulations de vos décisions les plus récentes, au caractère illicite du contenu du contrat, à l'existence d'un vice du consentement ou à une irrégularité d'une particulière gravité. Précisons qu'ils ne doivent pas avoir été régularisés et que les manquements aux règles de passation ne font pas

---

<sup>4</sup> Depuis que l'article 10 du décret du 2 novembre 2016 portant modification du CJA a supprimé l'exception à cette règle en matière de travaux publics (art R. 421-1).

partie de ces irrégularités, sauf, pour le dire rapidement, au cas tout à fait exceptionnel où ils seraient susceptibles de recevoir une qualification pénale. Ces vices d'une particulière gravité – pensons par exemple à une convention qui déléguerait des missions de police administrative – font en principe obstacle à l'exécution du contrat, tant pour la personne publique que pour le juge. La première est fondée à résilier le contrat qui serait entaché d'une telle irrégularité. Vous avez ainsi jugé que la nécessité de mettre fin à une délégation de service public dont la durée dépassait la durée légale constituait un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale (CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043, au rec) et que ne commettait aucune faute la personne publique qui résiliait un contrat reconduit en exécution d'une clause de tacite reconduction illicite (CE, 17 octobre 2016, *cne de Villeneuve-le-Roi*, n° 398131, aux T sur ce point). De son côté, le juge ne peut appliquer un contrat entaché d'une telle irrégularité, quel que soit le cadre dans lequel il est saisi : ces irrégularités sont d'ordre public tant pour le juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat par un tiers (*Département de Tarn-et-Garonne*) ou par une partie (Ass, 28 déc 2009, *cne de Béziers*, précitée) que pour le juge saisi par une partie d'un litige relatif à l'exécution du contrat, qui doit alors écarter le contrat et régler le litige sur un terrain non contractuel (même décision). Un tel vice fait également obstacle à ce que le juge du contrat ordonne la reprise des relations contractuelles, quels que soient les vices entachant la mesure de résiliation (CE, 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Sté Espace Habitat Construction*, n° 349099, aux T sur ce point). Le juge du contrat ne pouvant prendre une décision ayant pour effet le maintien d'un contrat entaché d'un tel vice, il doit pouvoir, à l'occasion d'un recours contre le refus de le résilier, soulever d'office ce moyen qui conduira en principe à y mettre un terme. Dès lors que le juge peut se saisir d'office d'un tel moyen, il en devient nécessairement opérant pour le requérant.

En dehors de ces vices d'ordre public, les autres irrégularités dont celui-ci serait entaché ne devraient pas pouvoir être utilement invoquées à l'appui d'un recours en contestation du refus de résiliation. En effet, ces irrégularités, qui ne font donc pas obstacle à l'exécution du contrat, ont pu être invoquées à l'occasion du recours en contestation de la validité du contrat, désormais ouverte aux tiers. Dès lors qu'il existe une voie de recours qui permet à ces derniers de remettre directement en cause le contrat lors de sa conclusion et pendant un certain délai, c'est cette voie qui doit être utilisée pour contester l'existence même du contrat et les modalités de sa conclusion. La possibilité de faire valoir les mêmes irrégularités du contrat à l'occasion de la contestation de différents actes détachables ne présentait, à l'époque de la jurisprudence *SA LIC*, guère d'inconvénients, la sécurité juridique du contrat étant garantie par l'effet platonique de l'éventuelle annulation de l'acte détachable. Mais permettre aujourd'hui aux tiers d'invoquer toute irrégularité du contrat à tout moment de son exécution présenterait exactement les mêmes inconvénients que le maintien du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

Ce sont en troisième lieu et essentiellement les changements de circonstances de droit ou de fait survenus au cours de l'exécution du contrat qui pourront être invoqués à l'occasion du recours contre le refus d'en faire usage. En effet, c'est parce qu'ils modifient les conditions d'exécution du contrat ou ses finalités, ils sont susceptibles de conduire la personne publique à faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale. Et c'est parce que la poursuite de l'exécution du contrat dans ces circonstances nouvelles peut compromettre des intérêts généraux qui dépassent ceux des parties contractantes et que les liens contractuels ne sauraient empêcher la personne publique de satisfaire, qu'une voie de recours doit être ouverte aux tiers

pour leur permettre de les faire valoir et, s'ils apparaissent prééminents, prévaloir sur la volonté de la personne publique de poursuivre l'exécution du contrat.

L'objet du débat contentieux étant la nécessité de mettre un terme à l'exécution du contrat, la personne publique pourra invoquer de nouveaux motifs justifiant sa poursuite, comme elle peut le faire pour justifier une mesure de résiliation contestée par le cocontractant en application de la jurisprudence *Béziers II*.

Des modifications du droit applicable au contrat, légalement conclu, peuvent tout d'abord faire obstacle à la poursuite de son exécution : les exemples sont rares car en principe la règle nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours (Sect, 29 janvier 1971, *E... et B...*, n°73932 p. 80 ; Ass, 8 avril 2009, *cne d'Olivet*, n° 271737, p. 116). Mais vous savez que cela peut arriver lorsque le législateur, seul compétent pour porter atteinte à la liberté contractuelle, l'a expressément ou implicitement prévu en raison d'impératifs d'ordre public (CC, 98-401 DC du 10 juin 1998 ; Ass, 8 avril 2009, *cne d'Olivet*, précitée). Vous avez jugé par votre décision *cne d'Olivet* que l'application immédiate aux délégations de service public de la loi limitant leur durée avait pour conséquence de rendre irrégulière la poursuite de l'exécution de ces conventions au-delà de la durée maximale fixée par la loi, calculée à compter de son entrée en vigueur. Le même effet pourrait par exemple résulter de l'application immédiate d'une loi qui interdirait pour des motifs supérieurs de santé publique ou d'ordre public l'utilisation d'un produit ou l'exercice d'une activité.

Votre décision ne qualifie pas l'effet de l'application immédiate de la loi nouvelle sur les contrats, indiquant simplement que leur exécution régulière devient impossible, contrairement à votre rapporteur public qui évoquait leur caducité, qualification reprise par la majorité de la doctrine. La caducité se distinguerait de la résiliation en ce qu'elle ne résulte pas d'une décision de la personne publique mais du constat que les obligations contractuelles ont été en quelque sorte dissoutes du fait d'un événement extérieur. Il s'agit le plus souvent de la non réalisation d'une condition suspensive. Nous ne sommes persuadés ni que cette notion puisse rendre compte de la totalité des hypothèses d'impossibilité de poursuivre régulièrement l'exécution d'un contrat du fait de l'application immédiate d'une loi nouvelle ni qu'il soit véritablement utile d'y recourir. Même si la rupture des relations contractuelles est imposée par l'application immédiate d'une loi nouvelle, il nous semble que la personne publique doit toujours prendre la décision de l'appliquer en mettant fin au contrat. Cette décision, qu'elle soit prise pour ce motif ou pour tout autre, a pour effet la résiliation du contrat; il s'agit donc dans tous les cas d'une décision de résiliation, ce qui n'implique pas nécessairement, puisque tel est l'enjeu principal de la qualification, qu'elle ouvre droit à indemnisation du titulaire par la personne publique cocontractante. Ce droit ne dépend pas de la dénomination de l'acte qui formellement met fin aux relations contractuelles mais de sa cause. Au regard du régime contentieux de la contestation d'un refus de mettre unilatéralement fin au contrat, il n'y a donc pas lieu de réserver un sort particulier, parmi les motifs qui peuvent ou doivent conduire la personne publique à le faire, à l'application immédiate de la loi nouvelle.

Les modifications des circonstances de fait, qui peuvent d'ailleurs parfois être mêlées de droit, susceptibles de rendre l'exécution du contrat contraire à des intérêts généraux, sont plus variées. Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples d'intérêts généraux justifiant que la personne publique prononce la résiliation unilatérale du contrat : la pollution d'un captage d'eau potable qui rend excessivement onéreuse la poursuite d'une concession (ce qui constitue un cas de force majeure justifiant sa résiliation : CE, 14 juin 2000, *cne de*

*Staffelfelden*, n° 184722, au rec) ; des modifications dans la répartition du capital social du concessionnaire entraînant des risques de conflit d'intérêts avec le concédant (31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n° 126594, au rec) ; la disparition de la cause du contrat (27 février 2015, *cne de Béziers*, n° 357028, au rec) ; la volonté d'assurer une meilleure exploitation du service ou du domaine public (23 mai 2011, *Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, n° 328525, aux T). On peut également imaginer un contrat dont la poursuite de l'exécution apparaîtrait, à la lumière des développements technologiques ou scientifiques, très néfastes pour la santé ou l'environnement.

Nous n'avons cité ces décisions qu'à titre d'illustrations d'intérêts généraux qui, parce qu'ils sont de ceux qui justifient que la personne publique résilie la convention, pourront être invoqués par des tiers si elle refuse de le faire. Mais il est bien évident qu'il ne suffira pas d'invoquer un intérêt général qui aurait permis à la personne publique de résilier le contrat pour que le juge décide de cette résiliation contre la volonté de la personne publique. Il y a entre le contrôle de ce que la personne publique peut faire dans l'intérêt général et de ce qu'elle doit faire pour le même motif une distance importante qui est celle de la marge de manœuvre que vous laissez à la personne publique dans l'appréciation de l'intérêt général qui guide l'action publique. D'autant que pour décider la résiliation, le juge ne devra pas seulement tenir compte de la raison qui peut la rendre nécessaire ; il devra aussi vérifier qu'elle s'impose immédiatement, c'est-à-dire que la personne publique ne dispose, au regard des impératifs de l'intérêt général, d'aucune possibilité, matérielle et temporelle, de poursuivre l'exécution du contrat.

La résiliation unilatérale du contrat peut enfin également être prononcée à titre de sanction d'une faute commise par le cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette résiliation procède d'un pouvoir de la personne publique qui tient moins à sa nature publique, contrairement au pouvoir de résiliation dans l'intérêt général, qu'à sa qualité de cocontractante. La particularité des contrats administratifs sur ce point ne réside d'ailleurs pas tant dans le fait que la personne publique dispose d'un tel pouvoir de sanction que dans ce qu'elle est en principe<sup>5</sup> la seule à en bénéficier. Dès lors qu'il s'agit d'une mesure intimement liée à l'exécution du contrat, les tiers, qui n'ont pas à s'immiscer dans la conduite des relations contractuelles et qui ne pouvaient d'ailleurs se prévaloir à l'encontre de l'acte détachable que de moyens de légalité<sup>6</sup>, à l'exclusion de toute inexécution contractuelle, ne devraient pas pouvoir invoquer des fautes du cocontractant dans l'exécution du contrat au soutien de la contestation du refus de la personne publique de le résilier. Cette inopérance préservera également la marge de manœuvre de la personne publique dans la conduite du contrat, qui n'intéresse pas les tiers lorsqu'elle n'affecte pas l'intérêt général.

On ne peut cependant exclure l'hypothèse d'inexécutions d'une gravité ou d'une portée telle qu'elles compromettent l'intérêt général. Mais c'est sous ce prisme que l'inexécution devra être invoquée et qu'il appartiendra au juge saisi par le tiers d'un refus de résiliation de l'appréhender et d'apprécier, toujours compte tenu de la marge d'appréciation dont bénéficie la personne publique sur ce point, si la sauvegarde d'un intérêt général impose

<sup>5</sup> Nous réservons le cas particulier de la jurisprudence CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke location*, n° 370644, au rec.

<sup>6</sup> Jurisprudence constante : CE, 10 mai 1901, *Aubert*, p. 459 ; 20 oct 1950, *Stein*, p. 505 ; 4 juil 1962, *Untersinger*, p. 445 ; sect, 11 février 1977, *sté de chasse de Thenissey*, p. 85.

la résiliation du contrat. Votre décision *commune d'Erstein* du 16 novembre 2016 (n° 401321, aux T) en offre une illustration dans le cas inverse d'une résiliation pour faute contestée par le cocontractant, délégataire d'un service public de camping, auquel étaient reprochées de nombreuses défaillances, notamment en matière de sécurité, d'entretien et de nettoyage, de collecte de la taxe de séjour, de réalisation des investissements, etc. : vous avez jugé que « si la société requérante soutient que les fautes commises n'auraient pas atteint un degré de gravité tel qu'il justifiait une résiliation à ses torts exclusifs, une reprise des relations contractuelles à titre provisoire serait, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général ».

Ces règles relatives aux vices pouvant être utilement invoqués à l'appui de la contestation du refus de résiliation doivent s'imposer à tous les requérants, puisqu'elles sont fondées sur l'objet du recours.

En revanche, la règle, posée pour le recours en contestation de la validité du contrat, selon laquelle le requérant ne peut utilement invoquer, outre les moyens d'ordre public, que des moyens en rapport avec son intérêt lésé, ne s'applique pas au représentant de l'Etat ni aux membres des assemblées délibérantes. Nous nous sommes demandé si, compte tenu du nombre relativement limité de moyens opérants, dont une partie est au demeurant d'ordre public, il était vraiment nécessaire d'importer ici cette exigence. Mais même si la précaution apparaît un peu excessive, elle participe d'un équilibre entre légalité et stabilité contractuelle qui s'impose avec au moins la même force au stade de l'exécution du contrat qu'à celui de sa conclusion.

L'office du juge du plein contentieux saisi du recours tendant à la résiliation du contrat sera plus simple que lorsqu'il est saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat car il ne devra se prononcer que sur la cessation de l'exécution du contrat, objet des conclusions qui lui sont présentées. Son office dépend du motif retenu pour justifier de mettre fin aux relations contractuelles. Nous avons vu que ces motifs peuvent être tirés soit d'une irrégularité d'ordre public du contrat, soit de changements de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de son exécution, soit d'un intérêt général rendant nécessaire sa résiliation.

Dans le premier cas, son office est identique à celui du juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat qui constate qu'il est entaché d'une irrégularité. Il devra tout d'abord vérifier si elle est régularisable, ce qui est par exemple le cas d'un contrat conclu sans que l'assemblée délibérante l'ait approuvé, expressément ni implicitement. Vous admettez en effet qu'elle puisse le faire à tout moment de l'exécution du contrat (CE 8 juin 2011, *Commune de Divonne-les-Bains*, n° 327515, au Recueil ; CE 10 avril 2015, *Commune de Levallois-Perret*, n° 370223, aux tables du Recueil). Il pourra alors inviter la personne publique à procéder à cette régularisation dans un délai déterminé.

Si l'irrégularité n'est pas régularisable ou ne l'a pas été, il devra alors en principe prononcer la résiliation du contrat, éventuellement avec effet différé, à moins qu'il estime qu'un intérêt général y fait obstacle. Il ressort en effet tant de vos décisions relatives à l'office du juge de l'exécution de l'annulation de l'acte détachable (CE, *sté Ophrys*, précitée ; 29 décembre 2014, *cne d'Uchaux*, n° 372477, au rec) que de votre décision *Dépt de Tarn-et-Garonne* que, même en présence d'une irrégularité d'ordre public du contrat, qui entraîne en principe son annulation, le juge peut ne pas la prononcer s'il estime que sa décision portera

une atteinte excessive à l'intérêt général. Vous avez repris cette réserve dans l'énoncé de l'office du juge saisi de conclusions en reprise des relations contractuelles d'un contrat entaché d'une telle irrégularité (CE, 1<sup>er</sup> octobre 2013, *sté Espace Habitat construction*, précitée). S'il peut au premier abord paraître paradoxal que le juge du contrat puisse prendre une décision conduisant au maintien d'un contrat qu'il devrait écarter s'il était saisi par les parties d'un litige relatif à son exécution (CE Ass, *Cne de Béziers*, 2009), on peut le comprendre dans la mesure où les contentieux n'ont pas le même objet : poursuivre l'exécution matérielle d'un contrat pour assurer la continuité du service public n'implique pas nécessairement d'en faire application pour déterminer les droits et obligations des parties.

Dans le deuxième cas, celui de l'intervention de circonstances de droit rendant irrégulière la poursuite de l'exécution du contrat, il n'y a a priori pas matière à régularisation. On voit également mal quel intérêt général pourrait faire échec à l'application d'une loi qui commande la cessation d'une relation contractuelle. Si, dans un cas particulier, il apparaît nécessaire de laisser à la personne publique un délai pour s'y préparer, il semble plus adapté de différer le moment de la résiliation prononcée.

Dans le troisième cas, qui devrait être le plus fréquent, si l'on peut dire, la place de l'intérêt général est toute autre. Elle est la justification de la résiliation et non plus de ce qui pourrait éventuellement s'y opposer. La décision de prononcer la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général résultera d'une mise en balance des avantages et les inconvénients d'une telle mesure au regard des différents intérêts, publics comme privés, en présence, qui intègre les considérations qui, dans le premier cas, seraient de nature à justifier la poursuite du contrat malgré l'irrégularité grave dont il est entaché.

Plus efficace, mieux adaptée, cette voie de recours n'en demeurera pas moins aussi étroite que celle de l'acte détachable et ne sera probablement guère plus utilisée qu'elle. D'une part, les tiers susceptibles de remplir les conditions de recevabilité et d'opérance des moyens sont essentiellement ceux porteurs d'intérêts généraux, tels que, outre ceux dont l'intérêt est toujours reconnu, les usagers du service public, les contribuables locaux, les associations. En revanche, pour certaines catégories de tiers qui pouvaient faire valoir des intérêts particuliers à l'encontre de la conclusion du contrat, tels que les candidats évincés, la voie sera beaucoup plus étroite : non seulement ils devront démontrer un intérêt suffisamment direct et certain à obtenir la résiliation du contrat, qui ne pourra pas toujours être tiré d'une remise en concurrence, notamment lorsque la personne publique peut recourir à d'autres modalités de satisfaction de ses besoins, mais encore et surtout les vices en rapport avec leur intérêt, qui sont essentiellement liés à la passation du contrat, ne seront plus opérants à l'encontre du refus de le résilier.

D'autre part, les décisions de résiliation juridictionnelles devraient être exceptionnelles, car les situations qui peuvent y conduire le sont : les irrégularités d'ordre public sont heureusement rares; les changements de circonstances de droit immédiatement applicables aux contrats en cours également; enfin, comme nous l'avons dit, l'atteinte à un intérêt général devra être à la fois particulièrement manifeste et impérieux pour imposer la rupture d'un contrat légalement conclu contre la volonté des parties.

Telle est donc l'évolution jurisprudentielle à laquelle nous vous proposons de procéder pour les recours des tiers tendant à la résiliation du contrat. Deux questions doivent encore être abordées, concernant son périmètre et son application dans le temps.

La question de son périmètre se pose compte tenu de la formulation de principe de la décision *SA LIC*, qui, si le recours portait sur un refus de résiliation, visait plus largement « tous les actes qui, bien qu'ayant trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat, peuvent néanmoins être regardés comme des actes détachables dudit contrat ». Nous nous sommes donc demandé si vous deviez saisir l'occasion de la présente affaire pour traiter de l'ensemble des recours relatifs aux actes postérieurs à la conclusion du contrat actuellement susceptibles de recours pour excès de pouvoir de la part des tiers. A la réflexion, nous ne le pensons pas, car le contentieux de ces actes soulève des questions très différentes de celles que nous avons abordées.

Précisons tout d'abord que les actes dont le régime contentieux pourrait ainsi évoluer ne sont en réalité que ceux portant résiliation du contrat, dont vous avez jugé, par votre décision d'Assemblée du 2 février 1987, *sté TV 6* (p. 29) qu'ils étaient pour les tiers détachables de l'exécution du contrat et pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Les mesures d'exécution du contrat proprement dites - telles que les ordres de service, les sanctions, les actes relatifs à la réception - ne sont pas susceptibles de recours, ni pour les parties, qui ne peuvent que demander l'indemnisation des préjudices qu'elles leur causent éventuellement (Section du 24 novembre 1972, *Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Rec., p. 753), ni pour les tiers (Sect, 14 février 1930, *Cie de chemin de fer de la Turbie*, p. 183 : mesure à objet purement financier ; CE, 19 mars 1997, *Cne de Soisy-sous-Montmorency*, p. 106)<sup>7</sup>. La question de leur régime contentieux n'est donc pas celle d'un abandon d'une théorie de la détachabilité qui ne leur a jamais été applicable que celle d'une évolution vers leur justiciabilité, que vous avez jusqu'à présent toujours très nettement exclue.

A l'opposé de ces actes trop intimement liés à l'exécution du contrat pour en être détachables figurent les mesures prises pour l'exécution des clauses réglementaires du contrat, qui, comme ces dernières, sont extérieures à la sphère contractuelle. Vous avez depuis longtemps reconnu aux tiers la possibilité de les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE, 21 décembre 1906, *Syn du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, p. 962 ; CE, 13 oct 1976, *SCI de la rue des Farges*, p. 375 ; CE, 3 février 2012, *cté d'agglomération de Villefranche-sur-Saone*, n° 353250). De même que les clauses réglementaires, les décisions relatives à leur exécution doivent rester justiciables du recours pour excès.

Peuvent également être assimilées à des mesures réglementaires d'exécution du contrat les actes administratifs de portée générale pris par une autre autorité administrative, nécessaires à l'exécution d'un contrat, telle que la fixation par le préfet des emplacements de mobilier urbain, que vous avez qualifiés de détachables de la convention passée par la commune pour leur installation (Sect, 9 décembre 1983, *ville de Paris*, n° 30665, p. 499, concl. Genevois).

Enfin, les modifications du contrat ne présentent aucune particularité contentieuse : les modifications unilatérales constituent des mesures d'exécution du contrat qui, en l'état actuel

---

<sup>7</sup> Voir également : CE, 28 juin 1957, *Cie générale pour l'éclairage et le chauffage*, AJDA 1957, II, 372 ; CE, 11 oct 1961, *Cne de Laruns*, p. 561 ; CE, 10 juil 1964, *Sté union économique continentale*, p. 398 : sanction ; CE, 29 mai 1987, *C...*, n° 46603: réception des travaux.

de la jurisprudence, ne sont susceptibles d'aucun recours, ni des tiers, ni des parties. Les modifications conventionnelles, les avenants, en règle générale de plus grande portée, peuvent être contestés par la voie du recours en contestation de la validité du contrat.

La tentation de traiter complètement les actes détachables relatifs à l'exécution du contrat ne concerne donc que les décisions de résiliation du contrat. Elle est d'autant plus grande que la question semble à première vue symétrique de celle du refus de résiliation que vous allez régler et que la voie contentieuse vers laquelle serait redirigé ce recours existe déjà pour les parties, le recours en reprise des relations contractuelles institué par votre décision de Section de 2011, *cne de Béziers*, précitée. Les tiers pourraient ainsi saisir le juge du contrat de conclusions tendant soit à la rupture des relations contractuelles, soit à leur maintien.

Mais cette symétrie n'est qu'apparente. Sans entrer dans le détail des arguments développés tant par votre commissaire du gouvernement dans ses conclusions contraires sur la décision *sté TV 6* que par un certain nombre de commentateurs critiques de cette jurisprudence, nous pouvons simplement souligner que la décision de résilier un contrat est à la fois plus dépendante des relations contractuelles et plus étrangère aux intérêts des tiers que le refus de le résilier. Sur le premier point, il reste, comme l'indiquait Marc Fornacciarri dans ses conclusions, « très difficilement admissible qu'un juge puisse être amené, à la demande d'un tiers, à annuler une résiliation, donc à faire revivre un contrat, non seulement contre la volonté de l'administration, mais encore, éventuellement, contre la volonté du cocontractant ». Sur le second, autant on perçoit bien que la poursuite de l'exécution d'un contrat administratif soit contraire à certains intérêts généraux et que des tiers puissent agir en justice pour les faire prévaloir contre la volonté de l'administration, autant on voit moins quels intérêts généraux peuvent imposer la poursuite d'une relation contractuelle particulière. Les tiers pourront toujours contester au nom de ces intérêts les nouvelles modalités de gestion du service. Le coût très important de la résiliation de certains contrats de l'Etat, dont une actualité encore assez récente offre une illustration, ne suffira pas à donner un intérêt pour agir suffisant à des contribuables nationaux. Quant aux intérêts particuliers que certains tiers, tels que des sous-traitants, pourraient faire valoir pour obtenir la poursuite d'une relation contractuelle, il s'agit d'intérêts économiques invocables dans la cadre d'un recours indemnitaire et dont nous avons quelque difficulté à admettre qu'ils puissent prévaloir sur la volonté des parties au contrat de rompre leurs relations. Quoi qu'il en soit, ce bref aperçu des questions que pose le recours des tiers contre une décision de résiliation montre qu'il relève d'une problématique très différente de celle du refus de résiliation qui justifierait que l'on s'interroge sur le principe même d'un tel recours avant de le pérenniser en l'intégrant dans la nouvelle architecture des recours contractuels.

La dernière question d'ordre général à laquelle vous devrez répondre est celle de l'application dans le temps du nouveau régime contentieux des recours des tiers tendant à la cessation de l'exécution du contrat.

Si vous nous suivez pour adopter les règles que nous avons exposées, ce nouveau régime contentieux se distinguera du précédent sur deux plans. D'une part, il se traduira par un nouvel office du juge : le recours est porté devant un juge du plein contentieux et il tend au prononcé de la rupture des relations contractuelles, ce qui emporte des conséquences sur les moyens pouvant être utilement soulevés. D'autre part, il comportera de nouvelles conditions de recevabilité, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt pour agir.

Ces deux innovations n'ont pas la même portée quant à la détermination de leur application dans le temps. Selon une jurisprudence constante dont vos décisions du 18 juin 2014, *SCI Mounou et autres* (n° 376113, au rec) et *sté Batimalo et cne de Saint-Malo* (n° 376760, au rec) offrent une parfaite illustration, les règles nouvelles qui gouvernent l'activité des juges, leurs compétences et leurs pouvoirs, en un mot leur office, sont d'application immédiate aux instances en cours (CE, 7 avril 1995, *G...*, n° 95153, au rec, à propos du pouvoir d'injonction) tandis que celles qui affectent la substance du droit au recours et les conditions de son exercice ne s'appliquent qu'aux recours formés après leur entrée en vigueur (Section, 13 nov. 1959, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement c/ Sieur Bacqué*, p. 593 ; *SCI Mounou* précitée à propos de règles plus strictes d'appréciation de l'intérêt pour agir)<sup>8</sup>.

Au regard de ces principes, se sont surtout les nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir des tiers contre les décisions portant refus de résiliation qui pourraient justifier de différer leur application. En effet, les autres caractéristiques de ce nouveau recours relèvent de l'office du juge, y compris les règles d'opérance des moyens.

Or ces nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir ne nous paraissent pas d'une importance telle que leur application immédiate porterait une atteinte à la substance du droit au recours.

Tout d'abord, nous observons que votre maniement des principes régissant l'application dans le temps des règles de procédure n'est pas uniforme : vous avez moins de mal à écarter l'application immédiate d'une loi qui n'a pas prévu de mesures transitoires qu'à déroger à l'effet normal de l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle (CE, 7 octobre 2009, *sté d'équipement de Tahiti et des îles*, n° 309499, T. p. 738). Les décisions que nous avons citées concernent des évolutions législatives ; en revanche, les évolutions jurisprudentielles du contentieux contractuel de ces dix dernières années ont été soit appliquées immédiatement aux litiges en cours, alors même qu'elles se traduisaient pour certaines catégories de requérants par des limitations des possibilités qu'ils avaient d'obtenir ce qu'ils demandaient (cas de l'action en reprise des relations contractuelles pour certains cocontractants), soit différées pour d'autres motifs que l'atteinte portée au droit au recours, dont vous avez au contraire expressément jugé qu'elle ne s'opposait pas à une application immédiate. Ainsi, votre décision *dépt de Tarn-et-Garonne*, comme avant elle la décision *Tropic Travaux Signalisation*, précise t-elle « qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours », un différé d'application étant néanmoins décidé pour garantir la sécurité juridique des relations contractuelles en cours.

Votre décision d'Assemblée du 13 juillet 2016, *C...* (n° 387763), va encore plus loin puisque vous avez décidé d'opposer aux requérants dans les instances en cours le nouveau délai général de recours contre les décisions administratives individuelles que vous veniez d'instituer. Mais nous hésitons à faire de cette décision, sur ce point, une référence, tant elle était tributaire de la portée de la règle nouvelle, de sa finalité et de votre volonté d'éviter des effets d'aubaine.

---

<sup>8</sup> CE, 11 juill. 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, n° 313386, aux tables : appréciation de la qualité pour agir des requérants ; 11 mars 1964, *Sieur C... et Dlle D...*, p. 176 ; Section, 10 fév. 1995, *R...*, n° 129168, concl. Savoie : ouverture d'une nouvelle voie de recours ; 11 juin 2003, *Mme H...*, n° 246456, aux T. suppression d'une voie de recours ; 27 mars 2000, *Mme L...*, n° 196836, au rec. : délai de recours.

L'application aux instances en cours des nouvelles modalités d'appréciation de l'intérêt pour agir que nous vous proposons d'adopter sera ensuite d'une portée limitée, en raison tant de leur contenu que des litiges auxquelles elles pourraient s'appliquer. Sur le premier point, il ne s'agit que de renforcer une exigence d'intérêt pour agir qui correspond à une tendance générale de votre jurisprudence. Elle peut être regardée comme compensée par l'ouverture d'un recours de plein contentieux, plus simple et efficace.

Sur le second point, le peu de litiges concernés par une application immédiate des règles de recevabilité d'un recours dont le nombre se compte, depuis un demi-siècle, sur les doigts d'une main, ne justifie pas davantage de déroger au principe de l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle.

Si vous nous suivez, vous ferez donc application de ces règles pour répondre au premier moyen du pourvoi du syndicat requérant qui critique l'appréciation portée par la Cour sur l'intérêt pour agir des sociétés exploitant le tunnel sous la Manche à l'encontre du refus qu'il leur a opposé de résilier la convention par laquelle il avait délégué l'exploitation de la liaison maritime Dieppe-Newhaven à la société Louis Dreyfus Armateurs. Les parties n'en seront pas surprises puisque vous les en aviez informé et qu'elles ont pu en débattre.

La Cour a estimé que leur intérêt commercial, « compte tenu de la situation de concurrence existant entre la liaison transmanche objet de la convention en litige et l'exploitation du tunnel sous la Manche » leur donnait qualité pour agir et qu'elles étaient « en outre à l'origine de la décision de refus dont elles demandent l'annulation ».

Ce second motif est entaché d'erreur de droit, le destinataire d'une décision de refus n'ayant intérêt à l'attaquer que s'il avait un intérêt suffisant à obtenir ce qu'il demandait (CE, 23 décembre 1987, *Association "Les Amis du socialisme"*, n° 66624, aux T sur ce point ; CE, 4 février 2011, *Conseil national de l'ordre des pédicures-podologues*, n° 331151, aux T). Mais il est surabondant et d'ailleurs non critiqué.

Le premier est en revanche contesté, à raison nous semble-t-il, sous l'angle de la qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (9 décembre 1996, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, Rec. p. 479 ; 30 juillet 1997, *Sté nouvelle étude Berry et Attali*, T p. 1041). En effet, l'intérêt dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous la Manche ne nous paraît pas susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution de la convention de délégation dont elles demandent la résiliation.

Cet intérêt est uniquement celui de la concurrence qui existerait entre ces deux moyens de relier le nord de la France au sud du Royaume-Uni.

L'intérêt à empêcher le développement d'une activité concurrente n'est pas exclu par principe : vous l'avez admis pour juger recevable le recours pour excès de pouvoir formé par un tiers contre le refus de résilier une convention d'aménagement destinée à permettre l'installation d'un concurrent (CE, 8 décembre 2004, *sté Eiffel distribution*, précitée) ou contre une délibération accordant une aide publique indirecte à un commerçant concurrent (CE, 9 mai 2005, *Société ID Toast*, n° 258975). La condition tenant au caractère direct de l'intérêt implique toutefois qu'il soit en rapport avec l'objet de l'acte attaqué, afin d'éviter

toute instrumentalisation du recours en excès de pouvoir : ainsi, le commerçant voisin d'une autorisation d'urbanisme accordée à un autre commerçant ne pourra se contenter de se prévaloir pour en demander l'annulation de la concurrence qui résulterait de la proximité géographique des établissements commerciaux mais devra également indiquer en quoi les caractéristiques particulières de la construction envisagée sont de nature à affecter par elles-mêmes les conditions d'exploitation de son commerce (CE, 22 févr. 2002, *Sté France Quick SA*, n° 216088, aux T ; BJDU 2003, p. 50, concl. Piveteau).

Au cas d'espèce, il existe certainement une situation de concurrence potentielle entre les différents modes de transport pour traverser La Manche<sup>9</sup>. Mais la concurrence que représente pour les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche la liaison maritime transmanche déléguée par le syndicat requérant ne nous paraît pas d'une importance telle qu'elle soit susceptible de léser leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

Tout d'abord, compte tenu de leurs caractéristiques, ces deux liaisons ne nous semblent pas être en concurrence directe : elles ont lieu à près de 200 km de distance ; les modes de transport sont différents ; la fréquence, seuls deux navires effectuant la traversée maritime, les temps de trajet, 4 heures par la mer, 35 minutes par le train, et les coûts également. La majorité des clients de la liaison maritime sont des habitants de la région, alors que la ligne ferroviaire relie notamment directement des capitales européennes et assure un fret routier européen.

Ensuite, c'est jusqu'à présent, et il n'y a aucune raison que cela change, le tunnel sous La Manche qui a fait concurrence aux liaisons maritimes, au point de les faire pratiquement disparaître, et non l'inverse. Les sociétés demanderesse de première instance n'apportent d'ailleurs aucun élément de nature à établir que durant les quatre années d'exécution du contrat dont elles demandent la résiliation, il aurait eu le moindre impact sur la fréquentation du service qu'elles exploitent.

Nous pensons donc que l'intérêt commercial dont se prévalent les sociétés exploitant le tunnel sous La Manche n'est pas directement susceptible d'être lésé par la poursuite de l'exécution du contrat. Nous serions arrivés à la même conclusion pour apprécier leur intérêt pour agir dans le cadre antérieur du recours pour excès de pouvoir, alors même qu'elle y est en principe moins rigoureuse.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt attaqué et, réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel formé par les sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group LTD, non pas au fond comme l'a fait le tribunal, mais, ce qui sera beaucoup plus rapide, en raison de leur absence d'intérêt pour agir.

---

<sup>9</sup> La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence l'ont relevé dans des décisions (voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel), dont se prévalent les sociétés demanderesse mais qui ne concernent pas la liaison maritime Dieppe-Newhaven.

Ajoutons pour parfaire l'illustration du nouveau régime de ce recours que les moyens soulevés par les sociétés demanderesse, tous tirés d'irrégularités de la procédure de passation de la convention initiales, sont doublement inopérants : d'une part, ces moyens sont sans rapport avec l'intérêt dont elles se prévalent, qui n'est pas concerné par le respect des règles de transparence et de mise en concurrence. D'autre part, ces irrégularités, qui ne sont pas d'une gravité telle que le juge doive les relever d'office, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à la résiliation du contrat.

Vous pourrez enfin mettre à la charge des sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group le versement d'une somme de 1 500 euros chacune au SMPAT au titre des frais exposés.