

N° 433643, société Exelcia

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 22 juin 2020

Lecture du 10 juillet 2020 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les clauses d'un contrat organisant le règlement des différends entre les parties, souvent qualifiées de processuelles, sont-elles applicables malgré la nullité du contrat ? Telle est la question que présente à juger le pourvoi formé par la société Exelcia à l'encontre d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy qui y a apporté une réponse résolument négative dont la généralité, tant dans son principe que quant à son applicabilité aux stipulations du contrat litigieux, vous conduira à prendre des positions inédites dans votre jurisprudence.

Nous évoquerons rapidement les faits du litige : cédant aux promesses d'optimisation fiscale que la société Exelcia lui avait fait miroiter, l'hôpital de Bar-sur-Seine a conclu le 30 mai 2011 avec elle un contrat portant sur des prestations de services d'audit juridique en matière de taxe sur la valeur ajoutée et de taxe sur les salaires, complété le 3 décembre 2013 par un avenant afin de préciser les modalités de la rémunération de la société Exelcia. Si l'idée de cette dernière de solliciter l'assujettissement des EPHAD à la TVA a dans un premier temps permis à l'établissement public d'obtenir un dégrèvement d'un peu plus de 360 000 euros, dont il a reversé 40 % à la société Exelcia au titre de sa rémunération contractuelle, il n'a pas tardé à s'apercevoir que le régime fiscal ainsi revendiqué aurait un coût bien supérieur à ce gain et à y renoncer, ainsi qu'à ce dernier. Il a alors saisi le TA de Châlons-en-Champagne de conclusions en contestation de la validité du contrat et tendant à ce que la société soit condamnée à lui reverser la somme d'un peu plus de 160 000 euros qu'il lui avait payée. Le tribunal a rejeté cette requête comme manifestement irrecevable faute pour l'hôpital d'avoir préalablement suivi la procédure de médiation amiable prévue par l'article 13 de la convention. Saisie par l'hôpital et après avoir rendu un premier arrêt par défaut contre lequel la société Exelcia a fait opposition, la Cour administrative d'appel de Nancy a annulé le jugement au motif que la nullité de la convention s'étendait également aux stipulations prévoyant une procédure précontentieuse et, statuant par la voie de l'évocation, a condamné la société Exelcia, une fois déduit un montant de 15 000 euros correspondant aux dépenses utiles engagées par cette dernière, à verser à l'hôpital une somme résiduelle de 145 352 euros.

Les deux moyens du pourvoi de la société Exelcia ne portent pas sur l'affirmation de la nullité du contrat, que la cour a fondée sur le fait qu'il avait pour objet de confier à la société Exelcia des prestations de consultation juridique qu'elle n'était pas légalement qualifiée pour fournir; ils critiquent uniquement, sous l'angle de l'erreur de droit, les motifs par lesquels elle a jugé que cette nullité entraînait nécessairement celle des deux stipulations processuelles qui, d'une part,

imposaient une médiation amiable préalablement à tout recours contentieux, d'autre part attribuaient au TA de Versailles compétence pour connaître de ce recours.

Si la cour n'a pas fait d'autre distinction que formelle entre ces deux stipulations quant à la portée de la nullité du contrat sur leur applicabilité, il convient, pour apprécier le bien fondé de cette position, comme le fait d'ailleurs le pourvoi, de les traiter séparément, car elles sont, tant par leur objet que par leurs effets, très différentes.

Nous commencerons donc par la clause de règlement amiable des différends.

La question posée est celle son autonomie ou de sa détachabilité par rapport aux autres stipulations, matérielles, du contrat. Vous n'y avez à notre connaissance jamais répondu et notamment pas par les décisions citées par la société requérante qui ont constaté la nullité intrinsèque de clauses de cette nature, telles que des clauses compromissaires dans un cas où la personne publique ne pouvait légalement recourir à l'arbitrage (CE, 8 mars 1961, *Société Air-Couzinet Transocéane*, n° 46215, au rec) ou d'attribution de compétence au juge judiciaire (CE, 19 février 1988, *SARL Pore Gestion*, n° 49338, au rec sur un autre point). Les clauses de règlement amiable des différends sont très fréquentes dans les contrats administratifs et parfaitement licites, voire recommandées.

L'autonomie et donc l'application de ces clauses en cas de résiliation du contrat et même en cas de disparition rétroactive du contrat en raison d'une cause postérieure à son application ne pose pas de difficultés. Les parties, dont les volontés ont pu régulièrement faire naître des obligations réciproques, peuvent organiser la dissolution de ces obligations, y compris pour le passé. Les clauses types des marchés et concessions publics en comportent de nombreux exemples en cas de résiliation du contrat. En droit privé, l'article 1230 du code civil dispose que "*La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence*". La résolution du contrat procédant, aux termes de l'article 1224 du code civil, soit d'une clause résolutoire, soit d'une inexécution suffisamment grave du contrat (voyez, pour des applications de ces dispositions : Cass. Civ. 2e, 6 juillet 2000, n°98-17.827 ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26403, publié au Bulletin), ces dispositions ne concernent bien que les causes de disparition rétroactive du contrat survenant après sa conclusion.

La situation est différente lorsque la cause de la dissolution des relations contractuelles provient d'un vice inhérent à leur formation, présent dès l'origine, qui entraîne la nullité du contrat que le juge est seul compétent pour prononcer. Il peut sembler à la fois logique et cohérent d'étendre les effets de ce vice à l'ensemble des obligations, y compris processuelles, nées du contrat. Logique car ces procédures conventionnelles de règlement des différends sont conçues dans le cadre des obligations contractuelles qui constituent l'objet du contrat et qui sont entachées d'invalidité. Cohérent car l'annulation du contrat ne dépendant pas des parties, on ne voit pas ce que les parties pourraient régler à l'amiable.

Malgré leur force, ces raisons ne nous paraissent pas absolument convaincantes. Même pour traiter des conséquences d'un vice entraînant sa nullité, envisager le contrat comme un ensemble indissociable d'obligations n'est pas toujours pertinent ni opportun. Ne faut-il pas distinguer le contrat comme instrument juridique des obligations qu'il fait naître, qui peuvent ne pas être toutes viciées ou l'être à des degrés différents ? L'illicéité de certaines clauses, telles que les clauses de

tacite reconduction ou celles relatives à la durée du contrat, n'affecte ainsi pas le contrat dans son ensemble. S'agissant des clauses processuelles, l'exemple le plus connu est celui des clauses compromissaires, dont l'autonomie est consacrée tant en droit international privé que par la jurisprudence judiciaire et désormais par l'article 1447 du code de procédure civile (lequel prévoit dans son alinéa premier que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte* » et qu' « *elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* »). Nous n'ignorons pas que leur régime juridique, y compris lorsqu'elles sont d'application purement interne, est empreint d'une culture juridique de droit international privé très particulière. Mais elles montrent qu'un même contrat peut faire naître des obligations juridiques soumises à des règles distinctes et que la seule circonstance qu'un contrat ait été conclu pour un objet illicite n'empêche pas que les parties aient pu valablement s'accorder pour soumettre à une juridiction privée le règlement des conséquences sur leurs droits et obligations de la nullité du contrat, la licéité de cette clause dépendant uniquement des règles régissant la capacité des parties à compromettre.

La clause organisant une procédure de règlement amiable des différends ne nous paraît pas, quant à son lien avec l'objet du contrat éventuellement entaché d'illicéité, appeler une solution différente. L'illicéité de l'objet du contrat fait obstacle à son exécution. Lorsqu'elle est constatée en cours d'exécution, les parties pourront avoir des droits à régler et nous ne voyons pas ce qui ferait obstacle à ce qu'elles s'accordent pour le faire, à condition de ne pas chercher par là à faire application du contrat illicite. Si elles peuvent transiger, elles doivent pouvoir aussi prévoir à l'avance, dans leur contrat, qu'elles essaieront de le faire en cas de nullité avant de saisir le juge. Il est vrai que la nullité elle-même ne dépend pas d'elles et qu'il peut paraître inutile de discuter des conséquences d'une nullité qui n'est pas encore prononcée. Mais, sans que cette procédure de règlement amiable puisse avoir pour effet de priver l'une des parties de son droit de saisir le juge pour contester la validité du contrat, il ne nous paraît pas inutile qu'elle impose à la partie qui a cette intention d'en discuter d'abord avec son cocontractant, ce qui leur permettra peut-être de trouver un accord sur la fin de leurs relations et sur ses conséquences sur leurs droits et obligations, sans saisir le juge. Certes le contrat illicite ne sera pas annulé. Mais il ne l'aurait pas davantage été si aucune des parties n'avait saisi le juge. Et le juge peut toujours être saisi en cas d'échec de la procédure de règlement amiable. Ni l'ordre public matériel, qui ferait seulement obstacle à une clause qui obligerait les parties à poursuivre l'exécution d'un contrat illicite, ni l'interdiction des libéralités, ni un ordre public processuel, ne nous paraissent donc conduire à étendre la nullité de l'objet du contrat à ces clauses processuelles.

Telle est aussi la position de la Cour de cassation, qui admet la validité de clauses de médiation ou de conciliation dont les parties ont prévu l'application y compris en cas de nullité du contrat (Cass. Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, n° 98-17.827¹).

L'autonomie des clauses processuelles au regard de la validité des clauses principales du contrat ne signifie pas que leur validité ne puisse être mise en cause pour des vices propres; elle

¹ La cour de cassation commence par affirmer classiquement « *qu'ayant relevé que les conventions contenaient une clause de conciliation par laquelle les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action contentieuse, l'arrêt retient, à bon droit, que l'action en justice introduite par la polyclinique sans observation de la procédure prévue par cette clause est irrecevable* ». Mais la cour prend ensuite le soin de relever « *qu'appréciant la volonté des parties, la cour d'appel, en décidant que la clause englobait l'action en nullité, a procédé à une interprétation nécessaire de cette stipulation dont la portée était ambiguë* ». voir Loïc Cadet, « fasc. 500-95 : CLAUSES RELATIVES AUX LITIGES. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige . – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », pt. 21.

signifie simplement qu'elles ne sont pas nulles par voie de conséquence de la nullité des clauses principales. Ainsi, les clauses compromissaires peuvent être entachées d'illicéité si la personne publique n'a pas le droit de se soumettre à l'arbitrage. De même, certains vices relatifs aux conditions dans lesquelles une partie a donné son consentement, tel que l'incompétence non régularisée de la personne publique ou un vice du consentement, en tant qu'ils conduisent à remettre en cause l'existence même d'un accord de volonté sur toutes les clauses du contrat, rendront inapplicables les clauses de règlement précontentieux des différends.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que la cour a commis une erreur de droit en écartant l'application de la clause de règlement amiable du litige au seul motif que l'objet du contrat était illicite.

Elle a écarté pour le même motif la clause attributive de compétence territoriale au profit du TA de Versailles également contenue à l'article 13.

La question se pose en termes différents et la réponse qu'elle appelle nous semble plus simple.

Vous savez que, par exception au principe du caractère d'ordre public des règles relatives à la compétence des juridictions, y compris territoriales, l'article R. 312-11 du CJA, donnent aux parties au contrat, la faculté, *"si l'intérêt public ne s'y oppose pas, ... soit dans le contrat primitif, soit dans un avenant antérieur à la naissance du litige, (de) convenir que leurs différends seront soumis à un tribunal administratif autre que celui qui serait compétent en vertu des dispositions de l'alinéa précédent"*.

Ce dernier dispose qu' *"En matière précontractuelle, contractuelle et quasi contractuelle le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le lieu prévu pour l'exécution du contrat. (...)"*.

La question de la portée de l'irrégularité du contrat sur de telles clauses se pose en des termes différents car, d'une part, la clause attributive d'une compétence juridictionnelle territoriale, à la différence d'une clause prévoyant une procédure précontentieuse, ne fait pas naître d'obligations, mêmes procédurales, à la charge des parties, de sorte qu'elle ne nous paraît même pas susceptible d'être affectée par les vices du contrat entachant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. De telles clauses ont un effet exclusivement pratique puisque, quel que soit le tribunal administratif territorialement compétent, il appliquera les mêmes règles de droit.

D'autre part, l'objet de cette clause est précisément de déterminer la juridiction qui pourra éventuellement être saisie d'une contestation de la validité du contrat. Sauf si la clause attributive de compétence précise les actions auxquelles elle s'applique, il nous semble qu'une telle clause doit avoir le même périmètre que la règle à laquelle elle déroge, à savoir l'ensemble des actions précontractuelles, contractuelles et quasi-contractuelles, toutes celles, en d'autres termes, qui peuvent naître de l'exécution du contrat ou à l'occasion de celui-ci. Elle couvre donc en principe les actions en contestation de la validité du contrat et en responsabilité consécutive à l'annulation du contrat, qui sont respectivement des actions contractuelles et quasi-contractuelles. La nullité du contrat, qui déclenche une action quasi-contractuelle, n'affecte donc pas cette clause, contrairement à ce qu'a jugé la cour.

Il nous paraîtrait enfin particulièrement inopportun de faire dépendre la compétence territoriale du tribunal administratif de la question de la validité du contrat dont il aura précisément

à connaître. Comme nous l'avons dit et ainsi que cela ressort de la souplesse des règles relatives à la compétence territoriale (interdiction des jugements d'incompétence territoriale; transmission de tribunal à tribunal; etc.), les enjeux de la question de la compétence territoriale sont minces et elle doit pouvoir être réglée rapidement et facilement, lors du tri des requêtes dès leur enregistrement au tribunal.

Si la cour nous semble avoir commis des erreurs de droit en écartant pour ces motifs l'application de ces clauses, nous pensons qu'elles n'étaient effectivement pas applicables, mais pour un autre motif tiré du champ d'application de ces clauses, que vous pourrez, comme vous le suggère l'établissement hospitalier en défense, substituer à ceux de l'arrêt attaqué, car il ressort des constatations des juges du fond.

L'article 13 du contrat stipule en effet que ce sont "les contestations relatives à l'interprétation ou à l'exécution de la convention" qui doivent donner lieu à un règlement amiable du litige avant toute saisine de la juridiction, qui est alors celle du TA de Versailles. Ces deux clauses processuelles ne concernent ainsi que les actions relatives à l'exécution de la convention, les différends relatifs à son interprétation étant nécessairement liés à son exécution. Elles ne s'appliquent donc pas aux actions en nullité ou contestation de la validité du contrat ni aux actions quasi-contractuelles subséquentes. L'interprétation stricte qu'il convient d'avoir de la portée de clauses conventionnelles conduit à ne pas leur donner un champ d'application plus large que leur lettre. C'est d'ailleurs ce que fait la Cour de cassation, dans un sens (pour l'application de ces clauses lorsqu'il est expressément stipulé qu'elles s'appliquent en cas de nullité du contrat : arrêt 2000 précité), comme dans l'autre (cf. Cass. com., 25 janvier 1983, n° 81-16415, Bull. civ. IV, n° 314; Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157).

EPCMNC : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la société Exelcia le versement à l'hôpital de Bar-sur-Seine d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.