

→ CHRONIQUE

**Une consécration sous conditions
des clauses de résiliation à l'initiative
du cocontractant de l'Administration**

Le Conseil d'État consacre dans l'arrêt du 8 octobre 2014 « *Société Grenke Location* » la possibilité d'introduire dans les contrats administratifs des clauses de résiliation au bénéfice des cocontractants de l'Administration. Si cette jurisprudence doit être accueillie comme une avancée pour ces derniers, il n'en reste pas moins que les précisions apportées par le Conseil d'État quant aux contrats concernés et aux modalités de mise en œuvre de telles clauses pourraient sérieusement en limiter la portée et l'utilité.

N° 196

Janvier

2015

ISSN 1279-8452

► **Bernard CHEYSSON**
 ► **& Yann SIMONNET**
Avocats au Barreau de Paris

Les contrats administratifs se singularisent, par rapport aux contrats de droit privé, par un déséquilibre entre les parties, et ce au profit des personnes publiques.

L'une des manifestations de ce caractère inégalitaire des rapports entre les parties est l'impossibilité pour le cocontractant de l'Administration d'opposer l'exception d'inexécution à cette dernière. En effet, alors que les fautes du cocontractant privé autorisent l'Administration à mettre fin à ses obligations (CE, 27 mars 1957, *Sieur Carsalade*, Rec. CE 1972, p. 546 ; CE, 10 juill. 1972, n° 82282, *Sté Boeuf de France*, Rec. CE 1972, p. 216), à l'inverse ce cocontractant privé doit poursuivre l'exécution de ses prestations lorsque l'Administration est défaillante dans l'exécution de ses obligations (CE, 7 janv. 1976, n° 92888, *Ville d'Amiens*, Rec. CE 1976, p. 11 ; CE, 3 nov. 1982, n° 28567, *Fonds d'Orientation et de Régularisation des Marchés Agricoles*).

Le corollaire de cette impossibilité pour le cocontractant de l'Administration d'opposer l'exception d'inexécution est l'interdiction qui lui est faite de résilier unilatéralement un contrat administratif, même lorsque celle-ci serait motivée par une faute de l'Administration (CE, 17 déc. 1980, n° 11860, *OPHLM des Hautes-Alpes*, Rec. CE 1980, p. 788 ; CE, 15 janv. 1986, n° 37321, *Sté l'Habitat Moderne*). Ainsi, en

SOMMAIRE

CHRONIQUE	1
Une consécration sous conditions des clauses de résiliation à l'initiative du cocontractant de l'Administration	
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE	
► Offre incomplète	7
► Collectivités territoriales et candidature	7
► Vers la fin des contrats de partenariats	9
À NOTER	10
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF	12

La rédaction vous présente ses meilleurs vœux pour l'année 2015

Pour vous abonner
à l'ouvrage
et à son actualisation,
contactez-nous au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

0,15 € TTC / MN

www.wkf.fr

principe, le cocontractant privé ne peut procéder à la résiliation d'un contrat administratif : il lui est seulement possible de solliciter cette mesure auprès de l'Administration contractante et, en cas de refus, de saisir le juge administratif afin que, le cas échéant, celui-ci prononce la résiliation judiciaire du contrat.

Dans la décision « *Société Grenke Location* » du 8 octobre 2014 (CE, 8 oct. 2014, n° 370644, *Sté Grenke Location*, à mentionner au Rec. CE 2014) objet du présent commentaire, le Conseil d'État vient apporter un peu de souplesse à la rigueur de ce principe en permettant, dans certains contrats administratifs, de prévoir des clauses autorisant le cocontractant de l'Administration, en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations, de procéder à la résiliation du contrat. Outre le fait que, finalement, cette jurisprudence marque plus une évolution qu'une véritable révolution, les conditions de mise en œuvre d'une telle résiliation risquent de la rendre le plus souvent inopérante.

1. La licéité des clauses de résiliation au profit du cocontractant de l'Administration

La reconnaissance par le Conseil d'État de la licéité de clauses de résiliation au profit de la partie privée dans les contrats administratifs s'est inscrite dans le cadre d'une série de contentieux opposant la société Grenke Location à plusieurs personnes publiques pour l'exécution de contrats portant sur la location de photocopieurs. Plus précisément, cette société s'engageait à acheter auprès d'un fournisseur déterminé des photocopieurs qui étaient ensuite loués aux collectivités pour une durée déterminée moyennant le versement d'un loyer.

Si ces contrats constituaient des marchés publics, ils avaient toutefois été conclus en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, les collectivités ayant été démarchées par un agent commercial qui leur soumettait un contrat-type établi par la société Grenke Location.

Se heurtant à des défauts de paiement imputables au Musée des civilisations de l'Europe et de la méditerranée – « *Mucem* » (service à compétence nationale du Ministère de la culture et de la communication), et aux communes de Villeneuve-la-Comptal et de Neuville-Saint-Rémy, la société Grenke Location a décidé de mettre en œuvre les stipulations des conditions générales annexées au contrat-type susvisé qui prévoyaient que, en cas de retard ou de défaut de paiement de trois échéances mensuelles ou d'un loyer trimestriel, elle pouvait procéder à la résiliation du

contrat, la collectivité défaillante étant par ailleurs tenue de lui verser une indemnité égale à tous les loyers à échoir jusqu'au terme initial du contrat (clause finalement assez usuelle dans les contrats de droit privé).

Les personnes publiques refusant de faire droit aux prétentions indemnitaires de la société Grenke Location, le Tribunal Administratif de Strasbourg, puis la Cour administrative d'appel de Nancy furent saisis des litiges. L'Administration tenta d'exciper de la nullité des contrats au motif de leurs conclusions en violation des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics. Cependant, appliquant les principes issus des jurisprudences « *Commune de Béziers* » (CE, 28 déc. 2009, n° 304802, *Cne de Béziers*, Rec. CE 2009, p. 509) et « *Manoukian* » (CE, 12 janv. 2011, n° 338551, *Manoukian*, Rec. CE 2011, p. 5), les juges d'appel de Nancy refusèrent d'écarter le contrat au motif que le manquement invoqué n'avait pas en l'espèce affecté les conditions dans lesquelles les parties avaient donné leur consentement et que, par voie de conséquence, le vice allégué ne pouvait être regardé, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, comme d'une gravité telle que le contrat doive être écarté.

Les juges d'appel se placèrent donc sur le terrain contractuel pour régler le litige opposant la société Grenke Location à ses cocontractants. Toutefois, ils décidèrent d'écarter l'application de la clause invoquée par cette dernière pour fonder sa décision de résiliation des contrats litigieux et ses demandes indemnitaires au motif que « *cette clause, qui est de nature à porter atteinte à la continuité du service public, est contraire à l'ordre public* » et que, en tout état de cause, la société Grenke Location « *ne pouvait prendre l'initiative de rompre le contrat* », mais seulement, le cas échéant, saisir le juge administratif afin qu'il prononce la résiliation judiciaire du contrat (CAA Nancy, 27 mai 2013, n° 12NC01396, *Ministre de la culture et de la communication* ; CAA Nancy, 27 mai 2013, n° 12NC00987, *Sté Grenke Location* ; CAA Nancy, 27 mai 2013, n° 12NC00629, *Cne de Villeneuve-la-Comptal*).

Saisi dans le cadre d'un pourvoi introduit par la société Grenke Location (l'arrêt n° 12NC00629 ne semble pas avoir fait l'objet de pourvoi. Quant à l'arrêt n° 12NC00987, il a été cassé pour un motif de pure procédure. C'est donc dans le cadre du pourvoi à l'encontre de l'arrêt n° 12NC01396 que le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur la licéité des clauses de résiliation au profit de la partie privée d'un contrat administratif), le Conseil d'État trouvait l'occasion de se prononcer sur la possibilité pour les parties à un contrat administratif d'insérer des clauses prévoyant que le cocontractant privé peut prononcer la résiliation du contrat

dans l'hypothèse d'un manquement de la personne publique à ses obligations.

Dans ses conclusions, le rapporteur public Gilles Pellissier proposa de censurer une erreur de droit dès lors qu'ils avaient « écarté la clause comme contraire par elle-même à l'ordre public, sans rechercher si elle était compatible avec l'objet du contrat ». Le rapporteur public ne déniait donc pas le droit aux juges du fond d'écarter la clause litigieuse ;

en revanche, il estimait que la licéité d'une telle clause devait s'apprécier au regard de l'objet du contrat concerné. Pour le rapporteur public, dans les contrats administratifs « qui n'ont pas pour objet l'exécution du service public ou qui n'ont qu'un lien très distendu avec lui », une clause de résiliation au profit du cocontractant de l'Administration qui sanctionnerait les fautes contractuelles de cette dernière ne risquerait pas de porter atteinte à la continuité du service et donc *in fine* à l'ordre public.

Le Conseil d'État suivit le raisonnement de son rapporteur public. Ainsi, après avoir rappelé que, en principe, le cocontractant de l'Administration ne peut se prévaloir des fautes contractuelles de cette dernière pour cesser l'exécution d'un contrat administratif ou le résilier, le Conseil d'État admet toutefois que, dans certains contrats administratifs, les parties peuvent prévoir une telle possibilité : « le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'Administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ».

2. Une solution inédite mais cohérente avec l'évolution jurisprudentielle

Ainsi que cela a été rappelé *supra*, l'une des particularités du droit des contrats administratifs est qu'il organise des rapports inégalitaires au profit des personnes publiques (Nigri E. et Jalinière B., *Contrats marchés publ., étude 4*). Pour reprendre les termes du rapporteur public Pellissier, « contrairement à l'équilibre contractuel de droit privé fondé sur l'égalité des parties et la réciprocité des obligations, l'équilibre du contrat administratif est construit sur le principe de l'inégalité des parties et des compensations de ses conséquences ».

Dès lors, dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif, même lorsque l'Administration manque à ses obligations contractuelles, son cocontractant doit continuer d'exécuter ses prestations et, s'il souhaite obtenir la résiliation de son contrat, il peut seulement solliciter cette mesure auprès de l'Administration et, en cas de refus de cette dernière, saisir le juge du contrat afin qu'il prononce la résiliation judiciaire.

Toutefois, avant même la lecture de la décision « *Société Grenke Location* », il était possible d'identifier quelques exceptions aux principes selon lesquels l'exception d'inexécution ne pouvait être opposée à l'Administration et qu'une résiliation ne pouvait être imposée à cette dernière. Tout d'abord, la possibilité pour le cocontractant de l'Administration d'exciper de certaines fautes ou décisions de cette dernière pour arrêter l'exécution de ses prestations avait déjà été admise dans certaines circonstances exceptionnelles. Ainsi, s'il porte sur des montants importants et s'il place l'entreprise dans l'impossibilité de poursuivre ses travaux, le refus de l'Administration de verser des acomptes peut justifier que l'entreprise interrompe son chantier (CE, 15 avr. 1988 n° 52618, *Entreprise Hypotra*, à mentionner aux tables du Rec. CE 1988, p. 897 ; CE, 28 mars 1990, n° 56463, *Cne de Bramans*). Il en est de même lorsque la personne publique procède à une modification d'un ouvrage qui entraîne une « augmentation de plus de 100 % du coût initialement prévu » par l'entreprise (CE, 29 sept. 2000, n° 186916, *Sté Dezellus Metal Industrie*, Rec. CE 2000, p. 381). Par ailleurs, plus récemment, la cour administrative d'Appel de Nancy a appliqué une clause contractuelle qui prévoyait que le cocontractant de l'Administration se réservait le droit d'arrêter ses prestations si une facture n'était pas payée à son échéance (CAA Nancy, 14 oct. 2010, n° 09NC01074, *Sté European Institute of Management*) ; les juges du fond semblent donc avoir admis que, si en principe dans le silence du contrat l'exception d'inexécution ne peut bénéficier aux cocontractants de l'Administration, en revanche il peut être contractuellement dérogé à ce principe (Llorens F., *Contrats marchés 2011*, comm. 14. Bien entendu, une telle solution devra être validée par le Conseil d'État qui, s'il devait la confirmer, en précisera les hypothèses et modalités de mise en œuvre.

Ensuite, la possibilité d'introduire une clause permettant au cocontractant de l'Administration d'imposer, dans certaines circonstances, la résiliation d'un contrat administratif a été admise au terme d'une décision restée isolée du Tribunal Administratif de Nice du 20 octobre 2006 (TA Nice, 20 oct. 2006, n° 0201697, *Sté Sogeparc – CGST*), (Cité par Nigri E. et Jalinière B., précité : « si, en l'absence de stipulation contractuelle expresse en ce sens, le cocontractant de

l'Administration n'a pas le pouvoir de prononcer lui-même la résiliation d'un contrat le liant à une personne publique, il est toujours recevable, s'il s'y croit fondé, à demander au juge du contrat de prononcer cette résiliation ». De telles clauses sont par ailleurs usuelles dans les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG). Ainsi, dans sa version de 1976, le CCAG-Travaux prévoyait que l'entreprise avait le « droit d'obtenir la résiliation du marché » en cas d'ordre de service tardif (CCAG-Travaux 1976, art. 46.6). Il en était de même dans l'hypothèse d'un ajournement des travaux pendant plus d'une année (CCAG-Travaux 1976, art. 48.2). La version de 2009 du CCAG-Travaux a repris ces deux cas de résiliation à l'initiative de l'entreprise (CCAG-Travaux 2009, art. 46.2.1 et 49.1.2) et a ajouté le cas de l'interruption des travaux au motif de non-paiement de deux acomptes successifs. Par ailleurs, les articles 3.8.3 des versions de 2009 des CCAG-FCS, PI, MI et TIC prévoient que, dans l'hypothèse d'un ordre de service tardif, si l'Administration refuse la date de démarrage des prestations proposée par le titulaire du marché, ce dernier peut demander la résiliation du marché qui ne peut « lui être refusée ». Certes, les clauses précitées des CCAG ne prévoient pas que la résiliation est prononcée par le cocontractant de l'Administration ; il n'en reste pas moins qu'il en a l'initiative et que, en principe, la résiliation ne peut lui être refusée (en pratique, les juridictions administratives font preuve d'une grande frilosité pour appliquer ces dispositions. D'ailleurs, les CCAG organisent le principe mais pas la mise en œuvre de ces résiliations). Dès lors, si la solution dégagée par le Conseil d'État dans sa décision « *société Grenke Location* » est inédite, elle s'inscrit cependant dans le sens d'une évolution du droit des contrats administratifs tendant à donner une place prépondérante à la volonté des parties (Llorens F. et Soler-Couteaux P., *Contrats marchés publ.* 2014, repère 11) et à limiter les prérogatives de l'Administration (Sée A., *JCP E* 2014, n° 49, p. 1623).

3. Une solution à la portée pratique vraisemblablement limitée

Si la jurisprudence « *Société Grenke Location* » a vocation à rééquilibrer les relations entre les parties à un contrat administratif en permettant l'insertion de clauses prévoyant la possibilité pour le cocontractant privé, en cas de méconnaissance par l'Administration de certaines de ses obligations, de résilier le contrat, il n'en reste pas moins que, au regard des conditions de mise en œuvre de ces clauses telles que

précisées par le Conseil d'État, il est légitime de s'interroger sur la portée pratique de cette évolution jurisprudentielle.

Tout d'abord, une clause de résiliation unilatérale au profit du cocontractant de l'Administration ne peut être insérée que dans les contrats qui n'ont pas « pour objet l'exécution même du service public ». En effet, une telle clause « introduit un risque particulièrement important d'atteinte à la continuité du service public lorsque l'objet même du contrat est de confier » l'exécution du service public (concl. Pellissier G.). La portée de la jurisprudence « *société Grenke Location* » dépendra donc de l'acception, plus ou moins large, que le juge administratif aura de la notion de contrat ayant pour objet l'exécution « même » du service public.

Les clauses de résiliation au profit de la partie privée ne pourront donc être légalement insérées dans les conventions de délégation de service public qui, par définition, ont pour objet de confier à un tiers l'exécution « même » d'un service public. Il en sera de même des « marchés publics de service public », contrats qui se distinguent essentiellement des délégations de service public par leur mode de rémunération, et non par leur objet (Ziani S., *JCP A* 2014, n° 47, p. 2327 : dans les marchés publics de service public, contrairement aux délégations de service public, la rémunération du cocontractant de l'Administration n'est pas substantiellement liée aux risques d'exploitation).

Concernant les conventions d'occupation du domaine public, en principe, celles-ci n'ont pas de lien direct avec l'exécution du service public. Toutefois, certains auteurs réservent le cas des conventions qui imposeraient une « réelle mission de service public à l'occupant » (Ziani S., précité).

La question de l'insertion de telles clauses dans les marchés publics sera plus épineuse. En effet, nombre de marchés publics n'ont pas pour objet de confier l'exécution d'un service public ou de l'organiser, et ne constituent pas une modalité d'exécution d'un tel service ; ces marchés ne sont des contrats administratifs qu'en vertu de la qualification législative opérée par la loi MURCEF (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, JO 12 déc.). Ainsi, même si on ne peut exclure que certains marchés de fournitures ou de services puissent entretenir un lien si fort avec l'exécution d'un service public que leur interruption compromettrait la continuité de ce dernier (concl. Pellissier G.), il est toutefois légitime de penser que, pour la plupart de ces marchés, il sera possible d'insérer des clauses de résiliation au profit de la partie privée. Quant aux marchés publics de travaux, ainsi qu'a pu pertinemment le relever le rapporteur public Pellissier, « l'existence dans un document tel que le CCAG travaux d'un dispositif d'exception d'inexécution au profit du titulaire montre qu'il n'est considéré ni par le pouvoir réglementaire, ni par les Administrations contractantes comme une menace à la conti-

nuité du service public ». En tout état de cause, au regard des nouvelles stipulations susvisées des CCAG de 2009, les pouvoirs adjudicateurs devront, le cas échéant, s'interroger sur l'éventuel lien entre l'objet de leurs marchés et l'exécution d'une mission de service public ; en effet, dans l'hypothèse d'un lien fort avec l'exécution même d'un service public, ces stipulations devraient être écartées. Par ailleurs, même en l'absence d'un tel lien, on pourrait s'interroger sur la comptabilité des procédures prévues par le CCAG et les exigences posées dans la décision « *Société Grenke location* ».

Outre le fait que tous les contrats administratifs ne peuvent contenir des clauses de résiliation au profit des parties privées, la mise en œuvre de telles clauses est enserrée dans un mécanisme dont le formalisme permettra *in fine* aux cocontractants publics d'en paralyser les effets.

En effet, dans sa décision « *société Grenke Location* », le Conseil d'État a précisé que, même lorsqu'un contrat peut légalement prévoir que la faute contractuelle de la personne publique peut être sanctionnée par une résiliation prise par son cocontractant, ce dernier « *ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public* ».

Ainsi, même lorsque les conditions de mise en œuvre d'une clause de résiliation seront objectivement réunies, l'Administration pourra facilement s'opposer à sa mise en œuvre.

En effet, en visant un motif d'intérêt général « *tiré notamment des exigences du service public* », le Conseil d'État ouvre à l'Administration un large éventail de motifs lui permettant, de bonne ou de mauvaise foi, de faire provisoirement échec à une résiliation prise à l'initiative de son cocontractant ; ainsi que certains auteurs ont pu le relever, les motifs d'intérêt général peuvent « *avoir une relation avec une myriade d'exigences pesant sur l'action publique* » (Ziani S., précité) et il sera facile d'en trouver dès lors que par nature les contrats administratifs sont passés pour les besoins d'un service public (Sée A., précité).

Certes, la partie privée à l'origine de la résiliation pourra toujours contester le motif d'intérêt général qui lui est opposé devant le juge du contrat. Toutefois, le Conseil d'État ayant pris soin de préciser que dans l'attente d'une décision juridictionnelle, sauf à commettre un manquement de nature à entraîner une résiliation à ses torts exclusifs, le cocontractant privé « *doit poursuivre l'exécution du contrat* », une telle contestation sera nécessairement vaine puisque, au regard des délais de procédure, dans la plupart des cas (du moins en matière de commande publique) le juge risque de se prononcer sur le bien-fondé de la résiliation alors même que le contrat en cause aura été entièrement exécuté... *In fine*, ce mécanisme tend, dans les faits, à devoir obtenir de l'Administration son « *aval* » à la résiliation (Exprimant cette idée, voir Sée A., précité). Il s'agira alors d'un autre combat. ❖