

# Procédure contentieuse - Un an de contentieux de la commande publique - Chronique par Jérôme DIETENHOEFFER

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2021, chron. 5

---

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2021, chron. 5

## Un an de contentieux de la commande publique

Chronique par Jérôme DIETENHOEFFER conseiller du vice-président du CGEDD

[Accès au sommaire](#)

Au cours de l'année écoulée (juin 2020 - juillet 2021), la jurisprudence est venue préciser la systématique des voies de recours, qu'il s'agisse du référé-provision, des référés précontractuels et contractuels ou encore du référé suspension accessoire à un recours en contestation de validité du contrat. Le Conseil d'État s'est également attaché à définir les conditions d'indemnisation en cas de pratiques anticoncurrentielles ou de résiliation pour invalidité du contrat. Enfin, la spécificité des voies de recours contre les contrats de droit privé de la commande publique a été marquée par plusieurs décisions.

### 1. Compétence juridictionnelle

#### A. - Compétence judiciaire

**1. - Compétence judiciaire pour connaître d'un contrat de vente d'immeuble d'un concessionnaire d'aménagement.** - Saisi par un tiers d'un litige relatif à l'attribution d'un contrat de vente conclu entre une société publique locale d'aménagement, concessionnaire d'une zone d'aménagement concertée (ZAC), et un opérateur privé, le Conseil d'État écarte la compétence de la juridiction administrative. En principe, les marchés passés par un concessionnaire d'aménagement ne ressortissent pas à la compétence du juge administratif (*CE, 11 mars 2011, n° 330722, Cté aggro. Grand Toulouse : JurisData n° 2011-003196 ; Lebon T., p. 843 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 130, note P. Devillers*). En l'espèce, toutefois, le contrat de vente mettait à la charge de l'acquéreur la réalisation d'une part importante des aménagements prévus dans le cahier des charges de la ZAC, conclu avec la collectivité. Pour autant, le Conseil d'État refuse de requalifier cette convention. D'une part, bien que théoriquement possible du point de vue du droit européen, la requalification du contrat en concession de travaux est écartée dès lors que cet acte organisait le transfert de propriété des terrains objet de la vente et non le droit d'exploiter ceux-ci. D'autre part, la société d'aménagement ne pouvait être regardée comme mandataire du concédant dès lors que l'analyse globale des stipulations de la concession d'aménagement ne faisait notamment pas apparaître que la collectivité publique se réservait la compétence pour mener l'opération (*T. confl., 11 déc. 2017, n° 4103, Cne Capbreton : JurisData n° 2017-025565 ; Lebon, p. 416 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 30, note M. Ubaud-Bergeron*). Enfin, la décision commentée déduit des dispositions législatives du Code général des collectivités territoriales encadrant la création des sociétés publiques locales que ces dernières ne sont pas, par principe, des entités transparentes (***CE, 4 mars 2021, n° 437232, Sté Socri Gestion c/ SA 3M : JurisData n° 2021-003347 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 156, obs. P. Soler Couteaux***).

**2. - Compétence judiciaire pour connaître d'une action subrogatoire dirigée contre des entrepreneurs liés à une société concessionnaire.** - Postérieurement à une collision entre un aéronef et des ouvrages provisoires, l'assureur de la société aéroportuaire avait conclu une transaction indemnitaire avec la compagnie aérienne. L'assureur entendait ainsi exercer contre les entrepreneurs à l'origine des travaux l'action subrogatoire qu'il tenait à la fois de l'article L. 121-12 du Code des assurances et des stipulations transactionnelles. On sait que l'action subrogatoire est régie par les règles applicables à l'action principale (*T. confl., 9 mars 2020, n° 4179 : JurisData*

n° 2020-003221 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 186, *note J. Diethoefter*). Or, en premier lieu, les contrats conclus par la société aéroportuaire avec les entrepreneurs ne pouvaient être qualifiés de contrats administratifs, compte tenu du critère organique, quand bien même ils avaient été passés en exécution d'un contrat de concession (*T. confl.*, 17 déc. 2001, n° 3262, *Sté Rue impériale de Lyon : JurisData n° 2001-167804 ; BJCP 2002, p. 127, concl. G. Bachelier*). L'arrêt écarte également le moyen selon lequel la société aéroportuaire aurait agi en tant que mandataire de l'État. Si le concessionnaire de travaux peut, sous certaines conditions strictes, être regardé comme ayant agi en vertu d'un mandat administratif pour le compte du concédant (*T. confl.*, 16 juin 2014, n° 3944, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel c/ Sté Séchaud-Bossuyt et a. : JurisData n° 2014-013528 ; Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 220, *note P. Devillers*), tel n'était pas le cas en l'espèce dès lors que la société aéroportuaire accomplissait librement les actes nécessaires à sa mission dans les limites des contraintes réglementaires et en informant les autorités compétentes, les ouvrages étant destinés à revenir à l'État au terme de la concession (**CAA Bordeaux, 17 déc. 2020, n° 18BX02944 : JurisData n° 2020-021074 ; Contrats-Marchés publ.** 2021, *comm.* 93, *note J. Diethoefter*).

**3. - Compétence exclusive du tribunal de commerce pour relever un commissaire aux comptes de ses fonctions.** - Les dispositions du Code de commerce encadrent la résiliation des contrats relatifs aux missions légales des commissaires aux comptes. Dès lors, un établissement public qui est tenu de recourir à une telle mission légale en application de dispositions législatives qui lui sont propres ne peut résilier pour faute un tel marché, quelles qu'en soient les clauses sans une intervention préalable de la décision du tribunal de commerce prononçant le relèvement des missions du commissaire aux comptes selon la procédure fixée aux articles L. 823-7 du Code de commerce. Saisi d'un recours en reprise des relations contractuelles (*CE, sect.*, 21 mars 2011, n° 304806, *Cne Béziers : JurisData n° 2011-004285 ; Lebon, p. 117 ; Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm.* 150, *note J.-P. Pietri*) introduit par un commissaire aux comptes dont le marché avait été résilié pour faute sans que cette procédure ne soit suivie, la cour administrative d'appel de Nancy refuse toutefois de prononcer la reprise des relations contractuelles au motif que les fautes relevées démontrent une rupture de la relation de confiance et que la reprise des relations contractuelles porterait une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits du nouveau titulaire du marché (**CAA Nancy, 23 juill. 2020, n° 19NC00367 : JurisData n° 2020-015870 ; Contrats-Marchés publ.** 2020, *comm.* 288, *note M. Ubaud-Bergeron*).

## B. - Compétence administrative

**4. - Compétence du juge administratif pour connaître du moyen tiré de la rupture brutale des relations commerciales consécutive à la résiliation d'un contrat administratif.** - Le Tribunal des conflits confirme que le juge administratif est seul compétent pour connaître de la demande indemnitaire née de la résiliation d'un contrat administratif, quand bien même cette demande serait fondée sur les dispositions de l'article L. 442-1 du Code de commerce, qui réprime la rupture de relation commerciale. Une telle action indemnitaire à l'encontre d'établissements publics industriels et commerciaux ayant rompu une relation commerciale avait déjà pu prospérer devant le juge judiciaire dès lors que la rupture était intervenue sans préavis et alors que la relation était bien établie et non précaire (*CA Paris, 22 déc. 2017, n° 14/19086 : Contrats, conc. consom.* 2018, *comm.* 27, *note N. Mathey*). Confirmant le bloc de compétence du juge administratif s'agissant des contrats administratifs (*V. en matière d'action indemnitaire dirigée contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles : T. confl.*, 16 nov. 2015, n° 4035, *Région Île-de-France c/ Nautin : JurisData n° 2015-027028 ; Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 49, *note M. Ubaud-Bergeron*), le Tribunal des conflits refuse donc de détacher la pratique commerciale imputable à l'établissement public de l'exécution du contrat administratif (**T. confl.**, 8 févr. 2021, n° 4201, **SNCF Réseau et SNCF : Contrats-Marchés publ.** 2021, *comm.* 124, *note M. Ubaud-Bergeron*).

**5. - Nature administrative du contrat passé par une commune en vue de répondre à ses besoins de service de télécommunication.** - Appliquant strictement les critères légaux de qualification des marchés publics, le Conseil d'État relève que le contrat ayant pour objet la prestation de services de télécommunication par un opérateur au bénéfice d'une commune abonnée est conclu à titre onéreux entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur. Il s'ensuit que ce contrat est un marché public et doit, dès lors qu'il est passé par une personne morale de droit public, être regardé comme un contrat administratif (*V. désormais CCP, art. L. 2 et L. 6*). Malgré des doutes sur la portée de la décision commentée, la Haute Juridiction remet ainsi en cause la solution fondée antérieurement sur le caractère de droit privé des liens contractuels entre un service public industriel et commercial et ses usagers (*CE, 4 nov. 2005, n° 278895, Ville de Dijon : JurisData n° 2005-069165 ; Lebon T., p. 760-772-801-1023 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 18, note J.-Ph. Kovar ; Dr. adm. 2006, comm. 10*) et confère ainsi pleine portée à la qualification légale des contrats administratifs (*CE, 25 sept. 2020, n° 432727 : JurisData n° 2020-014799 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 344, note Ph. Rees*).

## 2. Droit de l'Union européenne

**6. - Principe de sécurité juridique et forclusion de l'action réprimant les infractions au droit de la commande publique.** - La cour de justice était saisie d'une question préjudicielle portant sur la mise en œuvre par les juridictions hongroises d'une procédure répressive à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur et d'entrepreneurs. Elle relève que lorsqu'elle engage d'office une procédure d'infraction à la réglementation des marchés publics, l'autorité nationale de contrôle doit être regardée comme chargée d'appliquer le droit de l'Union européenne. Pour cette raison, il lui incombe de respecter le principe général du droit de l'Union européenne de sécurité juridique (*CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-347/06, ASM Brescia : Europe 2008, comm. 293, obs. F. Kauff-Gazin*). Ce principe permet qu'une réglementation nouvelle s'applique aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne, mais s'oppose en revanche à ce qu'elle soit appliquée rétroactivement, à savoir à une situation antérieure à son entrée en vigueur. Ainsi, le droit de l'Union européenne s'oppose à une disposition qui permettrait à l'autorité de contrôle de rouvrir les délais de forclusion de l'action répressive, alors même que l'action était d'ores et déjà forclose (*CJUE, 26 mars 2020, aff. C-496/18 et C-497/18, Hungeod Közlekedésfejlesztési et Sixense Soldata : JurisData n° 2020-004981 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 200, obs. E. Muller*).

## 3. Référé

### A. - Référé expertise

**7. - Rejet de la demande d'extension d'expertise ayant pour effet d'inverser les intérêts respectifs des parties au litige principal.** - Il appartient au juge administratif, lorsqu'il est saisi d'une demande d'extension d'une mesure d'expertise, d'examiner si cette demande n'est pas dépourvue de caractère utile, c'est-à-dire notamment si elle présente un intérêt dans la perspective d'un litige principal, actuel et éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher (*CE, 14 févr. 2017, n° 401514 : JurisData n° 2017-002465 ; JCP G 2017, 220, obs. F. Tesson*). Ainsi, dans le cadre d'une mesure d'expertise ayant pour objet de déterminer les obligations de l'une des parties, le juge peut étendre la mission de l'expert aux obligations incombant à l'autre partie au contrat. En revanche, le juge des référés ne peut faire droit à une demande portant sur la constatation d'une faute sans lien avec le litige initial, dès lors qu'admettre de telles conclusions aurait pour effet d'inverser les intérêts respectifs des parties à l'instance (*CAA Marseille, ord., 7 sept. 2020, n° 20MA02184 : JurisData n° 2020-015986 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 308, note J. Diethenhofer*).

### B. - Référé provision

**8. - Demande reconventionnelle présentée par le créancier contre le débiteur condamné au versement d'une provision à l'occasion du litige au fond.** - Le référé-provision permet à une personne de rechercher, même en l'absence de demande au fond, l'octroi d'une provision au titre d'une obligation non sérieusement contestable (CJA, art. R. 541-1). Dépourvue de l'autorité de chose jugée, l'ordonnance allouant une provision est cependant exécutoire et le créancier peut ainsi poursuivre directement le recouvrement de sa créance (CE, 22 juill. 2020, n° 426210, Sté immobilière Massimi :JurisData n° 2020-010766 ; JCP A 2020, act. 475, obs. L. Erstein), sans jamais rechercher la responsabilité de son débiteur devant le juge du fond. Le débiteur condamné peut quant à lui former appel de l'ordonnance de provision ou saisir le juge du fond sur le fondement de l'article R. 541-4 du même code, afin que celui statue définitivement tant sur le principe que, le cas échéant, sur le montant de la dette (CE, 11 déc. 2015, n° 383625, Cne Colmar : JurisData n° 2015-027648 ; Lebon, p. 462). Dans ce cadre, le débiteur condamné, devenu demandeur au fond, cherche à minorer le montant de son obligation. Par la décision commentée, le Conseil d'État précise que le juge du fond peut alors être saisi de conclusions reconventionnelles du créancier, défendeur au fond, sous réserve qu'elles ne soulèvent pas un litige distinct de celui au titre duquel le débiteur a été condamné. Cette dernière condition, commune à l'ensemble des conclusions reconventionnelles, est aisément remplie en matière contractuelle où les conclusions se rattachant à un même contrat relèvent en principe du même litige y compris lorsque le fait générateur est différent (CE, 26 oct. 2011, n° 334098, Sté architecture Bical-Courcier-Martinelli :JurisData n° 2011-023184 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 359, note P. Devillers) (CE, 6 nov. 2020, n° 433940 : JurisData n° 2020-017795 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 27, note J. Diethoefter).

**9. - Irrecevabilité des conclusions de référé-provision ayant pour objet de remettre en cause le sursis à exécution.** - Le Conseil d'État précise la systématique des voies de recours entre sursis à exécution et référé-provision. Alors que le juge d'appel avait sursis à l'exécution d'un jugement de condamnation d'une autorité concédante, le concessionnaire avait demandé en vain la révocation du sursis à exécution puis l'allocation d'une provision sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative au titre des mêmes sommes. Le Conseil d'État juge que le référé-provision n'a ni pour objet ni pour effet de permettre à un requérant de faire obstacle au caractère suspensif du sursis à exécution ordonné par le juge d'appel à l'égard d'un jugement prononçant une condamnation pécuniaire. Dès lors, la demande tendant à l'octroi d'une provision formée devant le juge des référés, lorsque celle-ci porte sur l'obligation en litige dans l'instance ayant donné lieu au prononcé du sursis à exécution, est irrecevable et seule la révocation du sursis en application de l'article R. 811-18 du Code de justice administrative est ouverte à l'intéressé. La décision commentée rappelle enfin les modalités d'appréciation par le juge de la requête tendant à la révocation du sursis (CE, 6 nov. 2020, n° 439598, 441324 et 441620, Sté Corsica Ferries France et Collectivité de Corse : JurisData n° 2020-017811 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 28, note G. Eckert).

### C. - Référés contractuels et précontractuels : juridictions judiciaires

**10. - Conformité à la Constitution des voies de recours ouvertes contre les contrats de droit privé soumis au droit de la commande publique.** - Dans le cadre d'une instance en référé, la Cour de cassation avait transmis au Conseil constitutionnel plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité portant sur la conformité de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cass. com., 8 juill. 2020, n° 19-24.270 : JurisData n° 2020-010896 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 276, note J. Diethoefter). Étaient en cause les procédures de référé précontractuel et contractuel mises en œuvre par le juge judiciaire en ce

qui concerne les contrats de la commande publique de droit privé. En effet, lorsque le marché contesté a été passé selon une procédure dite « adaptée », l'acheteur n'a pas l'obligation de publier un avis d'attribution ni de respecter un délai de *stand still* entre l'attribution et la signature du contrat. En pareille hypothèse, le pouvoir adjudicateur peut fermer la porte du référé précontractuel, contraignant les concurrents évincés à mettre en œuvre le référé contractuel, dans le cadre duquel seuls certains manquements limitativement énumérés peuvent être utilement invoqués. Pour autant, le Conseil constitutionnel estime que la limitation des moyens utilement invocables en référé contractuel répond à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au souci du législateur d'éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles (V., *écartant le moyen tiré de l'atteinte au droit à un juridictionnel effectif* : CE, 15 févr. 2013, n° 364325, *Sté Norvegie* : *JurisData* n° 2013-003025 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, *comm.* 116, *note J.-P. Pietri* ; *JCP A* 2013, 2113, *obs.* S. Hul). Le Conseil constitutionnel écarte ensuite le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. En effet, quand bien même les concurrents évincés d'un contrat de droit privé sont dépourvus d'un recours équivalent à celui permettant de contester la validité des contrats administratifs, les candidats à un contrat privé de la commande publique se trouvent, selon le Conseil, dans une situation objectivement différente, ces contrats répondant à des finalités et des régimes différents (**Cons. const.**, 2 oct. 2020, n° 2020-857 QPC, *Sté Bâtiment mayennais* : *JurisData* n° 2020-015450 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 345, *note J. Diethoefter*).

#### **11. - Pouvoirs du juge judiciaire saisi d'un référé contractuel, en cas de signature prématurée du contrat. -**

Lorsqu'il constate qu'une entité adjudicatrice a signé un contrat de droit privé de la commande publique pendant la période de suspension correspondant à la durée de l'instance devant le juge du référé précontractuel, le juge judiciaire est tenu de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de l'article 18 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. À l'instar de la jurisprudence administrative (CE, 30 nov. 2011, n° 350788 et 350792, *Sté DPM Protection* : *JurisData* n° 2011-026732 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, *comm.* 58, *note J.-P. Pietri*), la Cour de cassation juge en effet que le juge des référés est alors tenu d'annuler ces contrats ou de les résilier ou encore de prononcer l'une des sanctions de substitution prévues, et notamment une sanction financière. L'appréciation du juge doit tenir compte de la nature et de l'ampleur de la méconnaissance constatée, de ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que de la nature, du montant et de la durée du contrat en cause et du comportement du pouvoir adjudicateur (**Cass. com.**, 2 déc. 2020, n° 18-18.160, *Sté Nouvelle Etienne Pelle* : *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 63, *obs.* E. Muller).

#### **12. - Absence d'intérêt à agir en référé précontractuel du concurrent évincé dont la candidature était irrégulière. -**

Selon la Cour de cassation, qui s'écarte ainsi des jurisprudences de la Cour de justice (CJUE, 5 avr. 2016, *aff. C-689/13, PFE*, § 24-30 : *JurisData* n° 2016-009355 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 168, *note J.-P. Pietri*) et du Conseil d'État (CE, 27 mai 2020, n° 435982 : *JurisData* n° 2020-008422 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 241, *note Ph. Rees*), il appartient au juge des référés précontractuels de s'assurer de l'intérêt à agir en référé précontractuel du candidat évincé, et, à ce titre, rechercher si sa candidature était régulière (**Cass. com.**, 27 janv. 2021, n° 18-20.783 : *JurisData* n° 2021-001313 ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 125, *note J. Diethoefter*).

### **D. - Référés contractuels et précontractuels : juridictions administratives**

#### **13. - Cumul de référés précontractuels et notification de l'ordonnance de référé mettant un terme à la suspension de la signature. -**

Après qu'un candidat évincé eût formé en vain plusieurs recours en référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, il avait présenté des conclusions reconventionnelles tendant à l'annulation du contrat alors signé au titre du référé contractuel. Lorsqu'un référé précontractuel a été présenté, le référé contractuel n'est recevable que si le pouvoir adjudicateur ne s'est pas

conformé à l'ordonnance initiale ou s'il a méconnu l'obligation de suspension de la signature du contrat (*CE, 10 nov. 2010, n° 340944, France Agrimer : JurisData n° 2010-020831 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 59, note J.-P. Pietri*). Pour autant, la décision commentée précise que, tant que le délai de suspension n'est pas expiré, rien ne fait obstacle à ce qu'un candidat évincé présente un nouveau référé précontractuel, le cas échéant en invoquant un moyen déjà rejeté par le juge des référés précontractuels, l'ordonnance de référé n'étant en effet pas revêtue de l'autorité de la chose jugée. Par suite, le requérant qui a été privé de la possibilité d'exercer cet énième référé précontractuel en raison de la signature prématurée du contrat peut saisir le juge des référés contractuels. Le Conseil d'État apporte également d'utiles précisions sur la date à partir de laquelle la signature du contrat est à nouveau permise. En principe, la notification de la décision juridictionnelle met un terme à la période de suspension de signature. Toutefois, dès lors que l'ordonnance a été communiqué à l'avocat du pouvoir adjudicateur par Télérecours et que ce dernier a été informé du sens de cette ordonnance, il doit être regardé comme ayant été destinataire de la notification au sens de l'article L. 551-4 du Code de justice administrative. À compter de ce moment, la signature peut donc intervenir sans ouvrir la voie du référé contractuel (***CE, 8 déc. 2020, n° 440704, Sté Pompes funèbres funérarium Lemarchand c/ Cne Challans : JurisData n° 2020-020116 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 61, note J. Diethenhoefter***).

**14. - Invocabilité du moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire par un concurrent dont l'offre était irrégulière.** - Dans le cadre du référé précontractuel, il appartient au juge de s'assurer que les moyens invoqués sont susceptibles, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser le requérant, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente (*CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420 : JurisData n° 2008-074234 ; Lebon, p. 324 ; JCP A 2008, 2291, note F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri ; Contrats-Marchés publ. 2008, repère 10, F. Llorens et P. Soler-Couteaux*). Par suite, hormis dans le cas où le manquement est à l'origine de l'irrégularité de la candidature ou de l'offre, le Conseil d'État jugeait qu'un candidat dont la candidature ou l'offre était irrégulière n'était pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque (*CE, 11 avr. 2012, n° 354652, Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a. : JurisData n° 2012-006979 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 198, note J.-P. Pietri*). La Cour de justice rappelait toutefois, de manière constante, que le droit de l'Union européenne reconnaissait à l'auteur d'une offre irrégulière un intérêt à contester la régularité de l'offre de l'attributaire (*CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-100/12, Fastweb, § 33 : JurisData n° 2013-019846 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 260, note J.-P. Pietri. – CJUE, 5 avr. 2016, aff. C-689/13, PFE, § 24-30 : JurisData n° 2016-009355 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 168, note J.-P. Pietri. – CJUE, 5 sept. 2019, aff. C-333/18, Lombardi, § 23-29*). C'est dans ce contexte que la décision commentée considère que la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. S'il s'étend aux référés contractuels et précontractuels, ce revirement ne concerne toutefois que le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire (***CE, 27 mai 2020, n° 435982 : JurisData n° 2020-008422 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 241, note Ph. Rees***).

## E. - Référé suspension

**15. - Conditions de suspension d'un contrat par le juge des référés.** - Le recours en contestation de validité du contrat peut être assorti d'une requête en référé tendant à la suspension de son exécution sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt de Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635 ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5, Ph. Rees ; JCP A 2014, 2152, note J.-F. Sestier ; JCP A 2014, 2153, note S. Hul*). Il appartient au requérant de justifier d'une urgence et d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Sur le premier point, le Conseil d'État apprécie concrètement l'atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant, en relevant qu'il tirait antérieurement l'intégralité de son chiffre d'affaires de l'exécution du précédent contrat, sans exiger notamment que

soit établie la chance sérieuse d'emporter le nouveau contrat. Toutefois, la décision commentée ne permet pas de déterminer le seuil à partir duquel l'éviction est susceptible de préjudicier de manière grave et immédiate à la situation financière de l'entreprise concernée. En ce qui concerne la condition d'illégalité, on sait que le juge du recours en contestation de validité ne prononce l'annulation ou la résiliation que dans des cas limités. Aussi, sans exiger que l'illégalité invoquée puisse entraîner l'annulation du contrat, le Conseil d'État considère qu'il ne peut être fait droit à la demande de suspension que s'il est fait état d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de ce contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation (*CE, 14 oct. 2015, n° 391183, Région Réunion : JurisData n° 2015-022766 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 297, note M. Ubaud-Bergeron*). En l'espèce, la suspension du contrat est fondée sur l'irrégularité de la méthode notation et sur la rupture d'égalité entre les candidats résultants d'une insuffisance d'information (*CE, 15 févr. 2021, n° 445488 : JurisData n° 2021-003358 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 160, note J. Diethoeffer*).

#### 4. Recours pour excès de pouvoir

**16. - Recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de clauses organisant le service public opposables aux tiers.** - En dépit de l'existence du recours en contestation de validité, les clauses réglementaires des contrats sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (*CE, 30 juin 2016, n° 393805, Synd. des compagnies aériennes autonomes : JurisData n° 2016-013255 ; Lebon T. ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 248, note P. Devillers*). Pour apprécier la nature réglementaire des clauses, le juge recherche si celles-ci ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public (*CE, 9 févr. 2018, n° 404982, Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération : JurisData n° 2018-001426 ; Lebon, p. 34 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 88, note G. Eckert*). Au cas d'espèce, les clauses du projet éducatif territorial relatives à la liste des activités périscolaires, à la fréquence des activités en zone d'éducation prioritaire et à la dérogation aux taux d'encadrement des élèves étaient opposables aux parents d'élèves et présentaient donc un caractère réglementaire. C'est donc à tort que le juge d'appel s'était prononcé sur le fondement du recours en contestation de validité du contrat (*CE, 9 oct. 2020, n° 422483 : JurisData n° 2020-015822 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 346, note J. Diethoeffer*). En revanche, alors même qu'elles concernent les tarifs de péage, les clauses du protocole transactionnel conclu entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes le 9 avril 2015 ne sont pas de nature réglementaire, dès lors qu'elles se bornent à renvoyer à des avenants futurs dont elles constituent un simple acte préparatoire (*CE, 13 juill. 2020, n° 435869, A. B. : JurisData n° 2020-010606 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 263, obs. E. Muller*).

**17. - Abrogation implicite des clauses réglementaires par la conclusion d'un nouveau contrat.** - Le refus d'abroger une clause réglementaire d'un contrat administratif est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (*CE, 9 févr. 2018, n° 404982, Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération : JurisData n° 2018-001426 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 88, note G. Eckert*), l'Administration étant au demeurant tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicton ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé (*CRPA, art. L. 243-2*). Toutefois, lorsque, postérieurement à l'introduction d'un recours en annulation dirigé contre un refus d'abroger des dispositions réglementaires, l'autorité compétente procède à l'abrogation expresse ou implicite du règlement litigieux, le litige né du refus d'abroger perd son objet à moins que le nouveau règlement ne reprenne les dispositions abrogées ou ne leur apporte que des modifications de pure forme. Appliquant ce raisonnement aux clauses réglementaires d'un contrat de concession, le Conseil d'État juge que la passation d'un nouveau contrat a implicitement mais nécessairement abrogé les clauses réglementaires antérieures, de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le litige (*CE, 7 oct. 2020, n° 438080, M. A. : JurisData n° 2020-016882 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 337, obs. E. Muller*).

## 5. Béziers I et résiliation unilatérale pour invalidité

**18. - Résiliation unilatérale pour invalidité du contrat et indemnisation du cocontractant.** - Quelques mois après avoir passé un marché de fournitures à bons de commande, la communauté d'agglomération de Reims, à qui il était reproché d'avoir omis d'admettre la présentation de produits équivalents aux marques imposées dans les documents de consultation, avait résilié le contrat. Le titulaire avait alors formé un recours en reprise des relations contractuelles. La décision commentée apporte d'importantes précisions en ce qui concerne le pouvoir de résiliation unilatérale pour invalidité du contrat. Certes, ce pouvoir se rattache toujours à la résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général (*CE, 10 juill. 1996, n° 140606, Coisne : RFDA 1997, p. 504, concl. C. Chantepy*). Néanmoins, le juge tient compte de la spécificité du motif tiré de l'invalidité du contrat, et aligne notamment le pouvoir de résiliation par la personne publique sur la résiliation prononcée par le juge pour le même motif (*CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802 : JurisData n° 2009-017292 ; Lebon, p. 509 ; JCP A 2010, 2072 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 123, note Ph. Rees*). Ainsi, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le résilier unilatéralement sans saisir le juge. Sont ainsi visées les irrégularités que le juge du contrat relève d'office mais encore des irrégularités plus vénielles. En revanche, la personne publique ne pourrait résilier le contrat pour un motif susceptible d'être régularisé. En outre, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fera obstacle à ce que la personne publique invoque une irrégularité qui lui serait exclusivement imputable pour se délier de ses obligations. Par ailleurs, l'indemnisation du cocontractant suit un régime spécifique qui n'est pas fondé sur la responsabilité sans faute mais s'assimile au règlement financier de la disparition rétroactive du contrat (*CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Sté JC Decaux : JurisData n° 2008-073381 ; Lebon, p. 151, concl. B. Dacosta ; BJCP 2008, p. 280, n° 59, concl. et note R. S. ; AJDA 2008, p. 1092, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau*). Ainsi, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. En outre, si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'Administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'Administration (*CE, 10 juill. 2020, n° 430864 : JurisData n° 2020-009876 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 257, note Ph. Rees ; Dr. adm. 2020, comm. 40, obs. F. Brenet*).

## 6. Recours de plein contentieux

### A. - Recours en contestation de validité

**19. - Point de départ du délai de recours en contestation de validité : avis d'attribution ne mentionnant pas la date de conclusion du contrat.** - La jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994 : JurisData n° 2014-006635 ; Lebon, p. 70 ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5, Ph. Rees ; JCP A 2014, 2152, note J.-F. Sestier*) enserme le recours en contestation de validité dans un délai de 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. L'article R. 2183-1 du Code de la commande publique contraint le pouvoir adjudicateur à publier un avis d'attribution s'agissant des marchés d'un montant supérieur ou égal aux seuils européens. Cet avis mentionne, à tout le moins, l'objet du marché, la procédure mise en œuvre et l'identité de l'attributaire. Alors que les nouveaux formulaires européens comportent des rubriques relatives à la date de conclusion du marché (*pt V.2.1*) et au service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus (*pt VI.4.4*), les modèles antérieurs ne contenaient pas ces éléments. Tranchant les divergences des cours administratives d'appel sur ce point, le Conseil d'État juge que la circonstance que l'avis ne mentionne pas la date de la conclusion du contrat n'a pas d'incidence sur le point de départ du délai, qui court à compter de la publication de cet avis. En outre, la seule mention des coordonnées du

service responsable de la procédure suffit à satisfaire aux obligations de publicité en ce qui concerne les modalités de consultation du contrat (**CE, 3 juin 2020, n° 428845** : *JurisData n° 2020-008432* ; *Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 243, note J. Diethoeffer*).

**20. - Irrecevabilité du recours en contestation de la validité d'un marché de conception-réalisation présenté par un ordre des architectes.** - La jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne a ouvert le recours en contestation de validité du contrat signé à tout tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994*). Sous l'empire du régime antérieur, l'intérêt à agir d'un conseil de l'ordre des architectes à l'encontre de la délibération attribuant un marché de conception-réalisation avait été admis, dans la mesure où cette forme contractuelle modifiait les conditions d'exercice de la maîtrise d'œuvre (*CE, 28 déc. 2001, n° 221649, Cons. rég. ordre des architectes d'Auvergne : JurisData n° 2001-063249 ; Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 61, note J.-P. Pietri ; BJCP 2002, p. 219, concl. D. Piveteau*). Saisi dans les mêmes conditions d'un recours en contestation de validité du marché, le Conseil d'État fait évoluer sa jurisprudence et considère que la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont l'ordre des architectes a la charge en application de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977. La décision, qui a depuis lors notamment été appliquée à une association de promotion du logiciel libre (*TA Melun, 20 avr. 2021, n° 1804171 : Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 226, note J. Diethoeffer*) confirme l'appréciation restrictive de l'intérêt à agir des tiers non privilégiés dans le cadre du recours de plein contentieux en contestation de validité (**CE, 3 juin 2020, n° 426932, 426933, 426938** : *JurisData n° 2020-008522 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 242, note J. Diethoeffer*).

**21. - Régime du recours contre les avenants conclus après le 4 avril 2014.** - Pour protéger la sécurité juridique des relations contractuelles en cours et ne pas priver de leur objet les recours pendant contre des actes détachables, la jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne a ouvert la voie du recours en contestation de validité du contrat à l'encontre des seuls contrats signés postérieurement à sa date de lecture, le 4 avril 2014. Restait à déterminer le régime contentieux des avenants conclus depuis cette date. En l'espèce, il est jugé, conformément au principe d'application immédiate des règles nouvelles de procédure, que les avenants conclus postérieurement au 4 avril 2014 peuvent faire l'objet d'un recours en contestation de validité, nonobstant la circonstance qu'ils viendraient modifier un contrat dont la signature était antérieure à cette période (**CE, 20 nov. 2020, n° 428156, Assoc. Trans'Cub** : *JurisData n° 2020-018893 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 62, note G. Eckert*).

## B. - Recours indemnitaires

**22. - Conséquences financières de l'annulation du contrat à la suite de pratiques dolosives.** - L'affaire du contentieux du cartel de la signalisation routière aura permis à la jurisprudence de préciser les voies de recours offertes à la personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles (*V. not. : CE, 27 mars 2020, n° 421758, Sté Lacroix Signalisation : JurisData n° 2020-004179 ; JCP A 2020, 2153, comm. J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 197, note M. Ubaud-Bergeron*). Par une dernière décision, le Conseil d'État, s'inspirant de sa jurisprudence antérieure (*CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Sté Campenon Bernard : JurisData n° 2007-072854 ; Lebon, p. 507 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 56, note G. Eckert ; RFDA 2008, p. 109, note F. Moderne ; RDP 2008, p. 1160, note S. Braconnier*), précise les voies de droit ouvertes à l'encontre du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles. La Haute Juridiction considère ainsi que la personne publique victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, peut saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci

prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif. Le règlement des conséquences financières de la disparition rétroactive, du contrat fait, quant à lui, appel à des modalités bien établies (*CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Sté JC Decaux : JurisData n° 2008-073381*). Ainsi, en cas d'annulation du contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable au cocontractant, ce dernier doit restituer les sommes que lui a versées la personne publique mais peut prétendre en contrepartie, sur un terrain quasi contractuel, au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à celle-ci, à l'exclusion, par suite, de toute marge bénéficiaire. Si, en cas d'annulation du contrat, la personne publique ne saurait obtenir, sur le terrain quasi délictuel, la réparation du préjudice lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime, dès lors que cette annulation entraîne par elle-même l'obligation pour le cocontractant de restituer à la personne publique toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles, elle peut, en revanche, demander la réparation du préjudice distinct du seul surcoût lié à l'entente (*CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt de la Seine-Maritime : JurisData n° 2020-009874 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 254, note M. Ubaud-Bergeron ; JCP A 2020, 2238, obs. J. Martin*).

**23. - Absence d'indemnisation du candidat ayant présenté une offre irrégulière.** - Pour contester l'attribution d'un marché, un candidat évincé avait fait valoir que l'offre choisie était irrégulière. On sait que le pouvoir adjudicateur qui attribue le marché à un candidat ayant remis une offre irrégulière méconnaît ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Néanmoins, l'indemnisation du concurrent évincé d'une procédure de passation entachée d'irrégularité suppose non seulement que ce dernier établisse sa chance d'emporter le contrat mais encore que la perte de cette chance d'emporter le contrat soit la conséquence directe de l'irrégularité commise (*CE, 10 févr. 2017, n° 393720, Sté Bancel : JurisData n° 2017-002284 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 87, note M. Ubaud-Bergeron*). Le Conseil d'État avait déjà jugé que l'irrégularité de l'offre d'un candidat évincé faisait obstacle à ce que ce candidat puisse être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout aussi irrégulière (*CE, 8 oct. 2014, n° 370990, SIVOM Saint-François-Longchamp Montgellafrey : JurisData n° 2014-023192 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 327, note P. Devillers*). En l'espèce, le juge d'appel avait toutefois recherché si l'offre du candidat évincé était susceptible d'être régularisée sur le fondement de l'article R. 2152-2 du Code de la commande publique. Le Conseil d'État relève que la seule circonstance que l'offre du demandeur était irrégulière altère le lien de causalité entre l'irrégularité de la procédure de passation et l'éviction et fait obstacle à toute indemnisation (*CE, 18 déc. 2020, n° 429768 : JurisData n° 2020-020570 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 94, note J. Diethoefter*).

**24. - Absence de lien de causalité entre l'irrégularité de la procédure et la perte de chance.** - Plusieurs arrêts de cours administratives d'appel viennent encore mettre en exergue l'importance, pour le concurrent évincé, d'établir le lien de causalité entre l'irrégularité invoquée et la perte de chance alléguée. Dans une première espèce, la cour administrative d'appel de Lyon juge que le candidat évincé d'une procédure de passation a droit à être indemnisé alors même que le pouvoir adjudicateur a résilié le marché pour un motif d'intérêt général tiré de l'irrégularité de la procédure et qu'un nouveau marché a été conclu sans nouvelle contestation. La solution diverge de celle applicable lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas relancé la procédure (*CE, 29 déc. 2012, n° 355139, Simon : JurisData n° 2012-029888 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 50, note J.-P. Pietri*), dès lors que le contrat a pu recevoir un commencement d'exécution (*CAA Lyon, 8 avr. 2021, n° 19LY01887 : JurisData n° 2021-008622 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 227, note J. Diethoefter*). Sans surprise, la cour administrative d'appel de Douai juge, pour sa part, que le candidat irrégulièrement évincé ne peut prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner lorsque le marché en litige était passé sans minimum ni maximum. Dans ce cas, en effet, le titulaire ne peut prétendre ni à un montant de commande ni, d'ailleurs, à l'indemnisation du bénéfice dont il a été privé (*CAA Paris, 24 oct. 2017, n° 16PA03429, Sté Wagram Voyages : JurisData n° 2017-028829 ; Dr. adm. 2018,*

comm. 21, obs. J.-S. Boda) (**CAA Douai, 25 mars 2021, n° 19DA01716, Sté NC Déménagement** : *JurisData* n° 2021-006595 ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, comm. 196, obs. E. Muller ; *JCP A* 2021, 2190, obs. F. Linditch).

**25. - Recevabilité d'une demande extracontractuelle postérieure à l'émission d'un titre exécutoire sur le fondement du contrat.** - Par exception à la vénérable jurisprudence Préfet de l'Eure, la personne publique peut, en matière contractuelle, saisir le juge d'une demande tendant au paiement d'une somme due sur le fondement du contrat, alors même qu'elle pourrait alternativement émettre un titre exécutoire (*CE, sect., 5 nov. 1982, Sté Propétrol : Lebon, p. 380*). Néanmoins, le Conseil d'État a ultérieurement jugé que lorsqu'un titre exécutoire a été émis sur le fondement du contrat, la personne publique ne peut plus saisir le juge aux fins de voir son cocontractant condamné à lui verser les sommes en litige (*CE, 15 déc. 2017, n° 408550, Sté Ryanair Designated Activity Company : JurisData n° 2017-025734 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Dr. adm. 2018, comm. 37, obs. J.-S. Boda*). En effet, une telle demande, qui aurait pour objet d'obtenir une décision ayant les mêmes effets que le titre, serait dépourvue d'objet *ab initio* et, par suite, irrecevable. Ayant rappelé cette jurisprudence, la décision commentée en précise le champ d'application : l'irrecevabilité de la demande indemnitaire consécutive à un titre exécutoire ne s'oppose pas à ce que les collectivités publiques qui ont décidé de constater elles-mêmes les créances contractuelles qu'elles détiennent sur leurs cocontractants et d'émettre des titres exécutoires, puissent saisir le juge administratif d'une demande recherchant la responsabilité extracontractuelle de leurs cocontractants à raison de l'illégalité des contrats en litige. Ainsi, la circonstance qu'une collectivité publique ait décidé, dans un premier temps, de constater elle-même la créance qu'elle estimait détenir sur son cocontractant en application du contrat et ait émis à cette fin un titre exécutoire ne rend pas irrecevable une action ultérieure tendant à ce que soit engagée la responsabilité extra-contractuelle de celui-ci en raison de l'illégalité du contrat en litige, action qui ne saurait être regardée comme intervenant en matière contractuelle du seul fait qu'elle tend au remboursement de sommes originellement versées en exécution d'un contrat (***CE, 10 juill. 2020, n° 429522 : JurisData n° 2020-010022 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 277, note J. Diethoeffer***).

## 7. Modes alternatifs de règlement

**26. - Maintien en vigueur des clauses relatives au règlement des différends malgré la nullité du contrat.** - Après avoir conclu un marché public de recherche d'économies en matière fiscale, un établissement public hospitalier avait cherché à obtenir la répétition des sommes versées à son titulaire en faisant valoir la nullité de la convention. Ce dernier opposait à la demande des exceptions fondées sur les stipulations du marché relatives à la juridiction territorialement compétente et à la procédure de règlement amiable. En principe, la nullité du contrat fait obstacle à ce que les parties se prévalent de l'une quelconque de ses clauses. Après avoir rappelé les termes de sa jurisprudence Béziers I (*CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers : JurisData n° 2009-017292 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 123, note Ph. Rees*), le Conseil d'État pose toutefois le principe selon lequel l'existence d'une irrégularité justifiant l'annulation d'un contrat n'est pas de nature à affecter l'applicabilité des clauses relatives au mode de règlement des différends entre les parties, notamment celles qui organisent une procédure de règlement amiable préalable à toute action contentieuse. La Haute Juridiction instaure ainsi une présomption de détachabilité de ces clauses, qui les préserve des conséquences de la nullité (*CE, 4 mai 2011, n° 340089, Communauté de cnes de l'Escarton du Queyras : JurisData n° 2011-007825 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 179, note G. Eckert ; RJEP 2012, comm. 3, concl. B. Dacosta*), pour autant toutefois qu'elles ne soient pas affectées d'un vice qui leur est propre. Dès lors, les clauses dont la rédaction les rendrait applicable aux litiges de nature extra-contractuelle doivent être mises en œuvre préalablement à toute action fondée sur la nullité du contrat (***CE, 10 juill. 2020, n° 433643, Sté Exelcia : JurisData n° 2020-010033 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 275, note J. Diethoeffer***).

**27. - Inapplicabilité de la clause de règlement amiable à un titre exécutoire émis pour le recouvrement de pénalités de retard et de redevances domaniales.** - Dans le cadre de l'exécution d'un contrat de concession, l'autorité concédante avait notifié au concessionnaire plusieurs titres exécutoires portant, d'une part, sur les redevances domaniales et, d'autre part, sur des pénalités de retard contractuellement prévues. Les ayants droit du concessionnaire faisaient valoir que ces titres étaient entachés d'illégalité pour n'avoir pas été précédés de la procédure de règlement amiable des litiges prévue par la convention. En matière contractuelle, la personne publique peut alternativement saisir le juge administratif ou émettre un titre exécutoire. Ainsi, lorsque le titre exécutoire a pour objet de régler un différend entre les parties, la personne publique est tenue de mettre en œuvre les procédures contractuelles de règlement amiable (*CE, 28 janv. 2011, n° 331986, Dpt des Alpes maritimes : JurisData n° 2011-000725 ; Lebon, p. 1013 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 118, note P. Devillers ; Dr. adm. 2011, comm. 28, note E. Busson*). En l'espèce, le Conseil d'État limite toutefois cette obligation lorsque sont en cause des titres exécutoires qui ne relèvent pas d'un différend entre les parties. En effet, la mise en œuvre des pénalités de retard, qui fait suite à une procédure de mise en demeure spécifiquement prévue par le contrat, ne constitue pas un différend entre les parties. Il en va bien évidemment de même du versement de la redevance domaniale (*CE, 12 oct. 2020, n° 431903, Cne Antibes : mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 334, note. G. Eckert*).

**Mots clés : Procédure contentieuse. - Chronique annuelle**

**Mots clés : Encyclopédies :** Contrats et marchés publics, fasc. 30 et s.

© LexisNexis SA