

Conclusions de Céline Arquié
Rapporteur public de la IV^{ème} chambre du Tribunal administratif
de Toulouse

CONTRAT ADMINISTRATIF

Fin des contrats- résiliation/non reconduction- droit à indemnité

Affaire : n°1800844 – - SAS X

Audience du 26 septembre 2019

Lecture du 10 octobre 2019

L'affaire qui vient d'être appelée amène à rappeler la différence entre la non reconduction d'un contrat et sa résiliation et leurs conséquences indemnitaires.

Un établissement public d'enseignement supérieur à caractère administratif a conclu au cours de l'année 2000 avec la société X deux contrats de nettoyage et d'entretien pour une durée d'un an. Ces contrats ont été tacitement reconduits respectivement pour une durée de 17 et 14 ans.

L'établissement a informé la société X par lettre du 17 mai 2017 de la non reconduction de ces deux contrats à compter du 1^{er} septembre 2017.

Estimant que la résiliation n'a pas été réalisée en conformité avec les clauses des contrats, la société X a formé le 16 novembre 2017 une réclamation préalable, rejetée le 20 décembre 2017 par l'établissement.

La société a sollicité le 2 mai 2018 auprès du juge des référés une provision, accordée pour un montant de 9 111 euros par une ordonnance du 1^{er} février 2019.

Par la requête au fond qui vient d'être appelée, la société X demande de condamner cet établissement public d'enseignement supérieur à lui verser la somme de 15 214,06 euros hors taxes, assortie des intérêts au taux légal avec capitalisation de ces intérêts et de mettre à sa charge la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'établissement excipant dans ses écritures en défense de la nullité des contrats, le juge du contrat doit en application de la jurisprudence du *28 décembre 2009 n° 304802 Commune de Béziers* dite *Bezier I*, examiner l'éventuel caractère illicite du contenu du contrat ou celui lié à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, pour éventuellement en écarter l'application, sans qu'il ait pour autant à déclarer nul les deux contrats.

L'établissement fait d'abord valoir que les contrats n'ont pas fait l'objet d'une mise en concurrence et de publicité préalablement à leur passation. Il soutient que cette irrégularité, combinée à l'irrégularité tirée de ce que le nombre de reconductions n'a pas été fixé en tenant compte de la « nécessité d'une remise en concurrence périodique » prévu par l'article 15 du code des marchés publics, constitue un vice d'une particulière gravité.

Les manquements aux obligations de publicité ou de mise en concurrence justifient d'écarter le contrat dans deux hypothèses : lorsqu'ils ont affecté les conditions dans lesquelles la partie qui les invoque a donné son consentement et lorsqu'ils révèlent une intention des deux parties de contourner délibérément les règles de la commande publique en vue de procurer un avantage personnel ; et ce avec une dimension quasi-pénale.

Ainsi est écarté un marché de conseil juridique et financier conclu sans mise en concurrence au motif que le centre hospitalier concerné, qui avait été démarché, n'avait pas préalablement défini ses besoins, « ignorait tant la consistance exacte de la prestation qui lui était proposée que son coût » et dès lors « ne s'est pas engagé en connaissance de cause » (*CAA Nancy 4 juin 2012, sté CTR, n° 10NC02028*). A contrario, d'autres arrêts refusent d'écarter un contrat conclu sans mise en concurrence s'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur avait pleinement conscience de ses engagements (v. par ex pour une délégation de service public *CAA Paris 3 juillet 2013, sté EGS, n° 11PA02477*), y compris dans des hypothèses où il avait été démarché (*CAA Nantes 11 avril 2014, Agrocampus Ouest, n° 12NT00053*).

Pour justifier d'écarter le contrat, il faut qu'il existe un lien direct entre le manquement aux règles de la commande publique et le vice du consentement allégué par l'administration. Voyez par exemple *CE 29 septembre 2014 Société Grenkel Location n° 369987*

Une seconde ligne jurisprudentielle se dessine autour des manquements aux règles de la commande publique présentant un caractère délibéré et ayant pour but de procurer un avantage personnel à l'un ou l'autre des signataires.

Dans une décision du 10 octobre 2012 (*cne de Baie-Mahault, n° 340647*), la Haute juridiction a considéré que la conclusion d'un marché public sans mise en concurrence sur la base d'une clause de tacite reconduction illégale justifiait d'écarter le contrat dès lors que « les parties ne pouvaient ignorer que l'application de cette clause constituait une violation manifeste des règles de la commande publique et avait pour effet de prolonger de cinq ans un marché conclu initialement pour une longue durée » si bien « qu'en l'espèce, l'application de cette clause ne pouvait que manifester une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence pour faire bénéficier la société (...) de l'exclusivité de ces prestations ». De la même façon, la cour administrative de Marseille a écarté un marché public d'organisation de spectacles en se fondant sur des faits ayant conduit le juge pénal à condamner le maire concerné pour délit de favoritisme lors de la procédure de mise en concurrence (*CAA Marseille 23 décembre 2013, ass. Boitaclous, n° 11MA02463*). Le Conseil d'Etat a par ailleurs jugé dans une autre espèce que le renouvellement d'un contrat sans mise en concurrence sur la base d'une clause de tacite reconduction n'était pas d'une gravité justifiant d'écarter le contrat : *CE 4 mai 2015, sté Bueil Publicité mobilier urbain, n° 371455*.

L'objectif de cette jurisprudence est de viser à préserver un ordre public minimum, aux frontières du pénal, auquel la passation d'un contrat de la commande publique ne saurait déroger sans encourir le risque de son invalidation par le juge de l'exécution. Mais, ainsi que le notent les commentateurs, on pourrait douter de l'opportunité de la voir prospérer indépendamment de l'existence d'un vice du consentement car elle aboutit à un résultat quelque peu paradoxal au regard de l'objectif initial de la jurisprudence Béziers I : si l'on se borne en effet à constater qu'il y a eu une intention délibérée de procurer un avantage

personnel, comme dans l'arrêt « commune de Baie-Mahault », on autorise une des parties à se libérer de ses obligations contractuelles devant le juge de l'exécution alors qu'elle a pu être parfaitement consentante lors de la passation du contrat pour commettre l'infraction et en a même bénéficié. »

En l'espèce, il ne nous semble pas que les vices liés à l'absence de mise en concurrence et prévoyant de manière irrégulière une reconduction tacite sans limitation de durée, aient affecté les conditions dans lesquelles l'établissement a donné son consentement, ni qu'ils révèlent une intention des deux parties de contourner délibérément les règles de la commande publique en vue de procurer un avantage personnel, même si, de fait c'est peut-être le cas.

Si vous nous suivez, vous ferez par conséquent application des contrats et vous examinerez la responsabilité contractuelle de l'établissement.

La société X soutient que la décision du 17 mai 2017 n'a pas été réalisée en conformité avec les clauses contractuelles et qu'en particulier, elle ne pouvait produire ses effets de manière anticipée, avant le mois d'avril 2018.

Vous noterez que dans ses écritures, la société qualifie cette décision tantôt de décision de non reconduction et tantôt de décision de résiliation.

En application d'une jurisprudence classique mais réaffirmée récemment, une décision de ne pas reconduire une convention parvenue à son terme initial ne constitue pas une résiliation. La conséquence en est, pour le juge du contrat, que cette décision, qui n'a ni pour objet, ni pour effet de mettre unilatéralement un terme à une convention en cours, peut seulement rechercher si elle est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à une indemnité. Dès lors, la société ne peut pas saisir le juge d'un recours en reprise des relations contractuelles et les conclusions qu'elle formule en ce sens à l'encontre de la décision prise par la commune sont par suite irrecevables. *voyez en ce sens CE 6 juin 2018 n° 411 053 société Orange – ou encore CE 21 novembre 2018 CE société fêtes loisirs 419 804*

Par ailleurs, les clauses de tacite reconduction contenues dans des contrats de la commande publique étant illégales, aucun préjudice, et donc aucun droit à indemnité, ne peut naître, pour le cocontractant de l'administration, de l'absence de reconduction tacite d'un contrat à l'issue de la durée initiale convenue par les parties (*voyez CE 17 octobre 2016 n° 398131 Commune de Villeuve le roi*. Cette jurisprudence complète celle du 23 mai 2011 n° 314715 département de la Guyane rappelant que le contrat reconduit en vertu d'une clause de tacite reconduction, doit s'analyser comme un nouveau contrat conclu sans mise en concurrence préalable, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales.

Vous devrez donc examiner si en l'espèce l'établissement a procédé à la non reconduction des deux contrats ou à leur résiliation.

Les deux contrats prévoient à leur rubrique durée que : « *souscrit pour une durée de un an à compter du premier jour des prestations, le contrat se renouvelle par tacite reconduction sauf dénonciation notifiée par l'une ou l'autre des parties trois mois avant l'expiration de l'annuité d'entretien par lettre recommandée avec accusé de réception* ».

Ils sont donc conclus pour une durée d'un an à compter du premier jour des prestations, et dans l'hypothèse d'une non reconduction, doivent l'être trois mois avant l'annuité d'entretien

La date du premier jour des prestations du premier contrat ne pose pas de difficultés, il s'agit du 3 avril 2000, ainsi que le précise une mention manuscrite portée sur le contrat signé.

Celle du second contrat est plus délicate. Une version non signée produite par la société mentionne le 3 avril 2000 comme date du début du contrat, mais la version signée produite par l'établissement mentionne comme seule date celle de sa signature à savoir le 20 octobre 2003. La signature est d'ailleurs celle du nouveau directeur de l'établissement. Vous pourrez ainsi la date du 20 octobre 2003 comme celle du premier jour des prestations.

Si l'établissement tente, habilement, de vous convaincre que « l'annuité d'entretien » visée par ces clauses ne correspond pas au premier jour des prestations et qu'il résulte de la commune intention des parties que l'annuité d'entretien doit en réalité correspondre au calendrier universitaire, soit le 1^{er} septembre et que par conséquent la non reconduction a été réalisée dans les délais contractuels, de sorte qu'aucune indemnisation n'est justifiée, le calendrier d'exécution des prestations et la durée de validité du contrat ne doivent pas être confondus.

L'annuité d'entretien est ainsi fixée au 3 avril pour le premier contrat et au 20 octobre pour le second. La non reconduction du premier contrat devait ainsi être notifiée avant le 3 janvier 2017 pour des prestations se terminant le 3 avril 2017 alors qu'elle ne l'a été que le 17 mai 2017. En application de la JP dpet de la Guyane citée, un nouveau contrat a été conclu du 3 avril 2017 au 3 avril 2018. Les prestations ont été arrêtées en cours de contrat, à compter du 1^{er} septembre 2017. Nous sommes ainsi dans le cas d'une résiliation d'un contrat en cours. Quant au second contrat, sa non reconduction devait être notifiée avant le 20 juillet 2017 pour des prestations se terminant le 20 octobre 2017. En dénonçant le contrat le 17 mai 2017, l'établissement a respecté le délai de non reconduction à compter du 20 octobre 2017, mais en mettant fin aux prestations à compter du 1^{er} septembre 2017, il a également résilié le contrat en cours d'exécution.

Les deux contrats ont ainsi été résiliés en cours de marché et la décision du 17 mai 2017 de l'établissement ne peut être regardée comme une décision de non reconduction. En les résiliant avant leur échéance sans invoquer de manquements graves de la société X à ses obligations contractuelles, l'établissement a commis une illégalité de nature à ouvrir droit à réparation du préjudice subi par la société sur le terrain de la responsabilité contractuelle

A défaut de clauses d'un contrat prévoyant expressément les hypothèses de résiliation aux torts du cocontractant, la résiliation d'un marché ne peut être prononcée aux torts du titulaire qu'en cas de manquements suffisamment graves de celui-ci à ses obligations contractuelles (*CAA Paris, 20 févr. 1996, Setil 93 PA00980*). Le juge vérifie dans ce type d'hypothèse si les manquements invoqués présentent un caractère de gravité suffisant pour justifier la résiliation (*CE 4 mars 1991 département de la Haute-Loire n° 81446*) et l'usage de ces pouvoirs est subordonné à une mise en demeure préalable du cocontractant (*CE 28 septembre 1984, Sté JC Stribick n° 50877*).

Mais en l'espèce, l'établissement se borne à regarder la décision du 17 mai 2017 comme une décision de non reconduction prise dans les délais de préavis requis et ne regarde pas la décision litigieuse comme une décision de résiliation.

Aucune prestation n'a été exécutée par la société X à compter du 1^{er} septembre 2017 et aucune dépense non amortie n'est à constater, ni de frais de liquidation ou autre préjudice commercial. Ainsi, en l'absence de toute clause d'indemnisation forfaitaire prévue au contrat, cette dernière a droit à l'indemnisation du manque à gagner (*CE 18 février 1983, Sté française*

du tunnel routier du Fréjus et autres, n° 16913,), qui doit être calculé sur la base de la marge nette et non de la marge brute (CE 28 janvier 1991, OPHLM de la Ville de Toulon, n° 77862).

Les factures produites par l'établissement montrent que le montant des sommes escomptées en règlement du premier marché pour la période du 1^{er} septembre 2017 au 3 avril 2018 et du second marché pour la période du 1^{er} septembre 2017 au 20 octobre 2017 était respectivement de 36 420,58 euros hors taxes et 1 317,04 euros hors taxes

Pour déterminer la marge nette escomptée qu'elle fixe à 34,74 %, la société X se borne à chiffrer les charges à déduire des sommes facturées sans produire de documents comptables, en dépit de la mesure d'instruction faite par le tribunal¹, permettant d'établir le montant réel desdites charges alors que celui-ci est contesté en défense.

Vous pourrez la fixer au regard des seuls éléments produits et en fonction par ailleurs des pratiques du secteur à 25% de sorte que vous ferez une juste appréciation du manque à gagner de la société en condamnant l'établissement à lui verser, une indemnité de 9 434 euros, sous déduction de la somme effectivement versée à titre provisionnel en exécution de l'ordonnance du 1^{er} février 2019, assortie des intérêts au taux légal à compter du 16 novembre 2017, ainsi que de la capitalisation des intérêts à compter du 16 novembre 2018, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

PCMNC

- à la condamnation de l'établissement public d'enseignement supérieur à caractère administratif à verser à la société X la somme de 9 434 euros, sous déduction de la somme effectivement versée à titre provisionnel en exécution de l'ordonnance du 1^{er} février 2019, assortie des intérêts au taux légal à compter du 16 novembre 2017 et de leur capitalisation à compter de la date du 16 novembre 2018 puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date
- au rejet du surplus des conclusions des parties

¹ CE 15 décembre 2010 « GIE Garde ambulancière » n°330867 : obligation pour le juge, qui reconnaît l'existence d'un préjudice, de faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice.