

# SYSTÉMATISATION DES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION FACE À UNE CLAUSE CONTRACTUELLE ILLICITE

PARTAGE PUBLICATION DU 20 AVRIL 2023

ARTICLE PARU DANS LA REVUE LEXBASE HEBDO ÉDITION PUBLIQUE



lexbase

Anna Maria SMOLINSKA  
Avocat spécialiste droit public & commande publique

06.73.53.38.36  
smolinska@amsavocat.com

## [Jurisprudence] Systématisation des pouvoirs de l'administration face à une clause contractuelle illicite

Réf. : CE, 2°-7° ch. réunies, 8 mars 2023, n° 464619, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A53639H4 N5109BZA](#)



par Anna Maria Smolinska, Avocat spécialiste en droit public et de la commande publique  
le 18 Avril 2023

**Mots clés** : clause illicite divisible • modification unilatérale • clause illicite indivisible • résiliation unilatérale • irrégularité justifiant l'annulation par le juge • équilibre financier du contrat

**Une clause illicite d'un contrat administratif peut être modifiée unilatéralement si elle est divisible. Une clause illicite indivisible peut être résiliée unilatéralement si elle est affectée d'une irrégularité telle qu'elle aurait justifié l'annulation ou la résiliation par le juge et si la résiliation unilatérale ne porte pas atteinte au principe de loyauté contractuelle.**

Le juge administratif du XX<sup>e</sup> siècle statuant en matière du contentieux contractuel est amené à relever plusieurs défis de conciliation des objectifs contradictoires. Parmi ceux-ci, l'exigence de légalité des contrats et celle de la stabilité des relations contractuelles ont donné lieu à plusieurs décisions remarquées du Conseil d'État.

Le point de départ de cette construction jurisprudentielle visant à instaurer un cadre équilibré, est sans doute la décision du Conseil d'État « Commune de Béziers » de 2009 [\[1\]](#), par laquelle le juge administratif a restreint le champ des irrégularités pouvant entraîner la fin d'un contrat aux seules irrégularités graves qui ne peuvent faire l'objet d'une régularisation. Il a suivi les conclusions du rapporteur public, l'ayant appelé à imposer au juge administratif « de mettre en balance l'impératif de rétablissement de la légalité, qui dépend lui-même de la gravité de l'illégalité commise, et les atteintes à l'intérêt général que ce rétablissement peut entraîner, notamment l'interruption ou la perturbation du service public qui peut en résulter » [\[2\]](#).

Cet équilibre doit, lui-même, être concilié avec les prérogatives historiques des personnes publiques, parmi lesquelles la « règle applicable aux contrats administratifs » instaurant le pouvoir de modification, voire de résiliation unilatérale

des contrats par les personnes publiques lorsque l'intérêt général l'exige [3].

Sur ce point, par une décision « Société Comptoir négoce équipements », publiée au Recueil, le Conseil d'État a jugé, en 2020, que sous réserve de respecter l'exigence de loyauté des relations contractuelles, une personne publique peut résilier unilatéralement un contrat 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 » [4].

Il a également jugé, dans une décision mentionnée aux tables du recueil Lebon, que la personne publique peut écarter une clause d'un contrat qu'elle estime nulle et non-écrite au motif qu'elle serait illégale [5].

Dans la décision commentée, le Conseil d'État a eu une nouvelle occasion de préciser les contours de l'équilibre qu'il a trouvé entre l'exigence de légalité, les prérogatives exorbitantes de l'administration et la sécurité des relations contractuelles.

Cette décision semble suivre la logique de la construction jurisprudentielle du « nouveau droit du contentieux des contrats », telle que résumée par une phrase des conclusions du rapporteur Pélissier sous l'arrêt « Société Comptoir négoce équipements » : le pouvoir de résiliation de la personne publique contractante doit être défini « au regard de ses propres possibilités de recours » [6].

À nouveau donc, dans la suite des décisions précédentes, l'administration se voit reconnaître des pouvoirs similaires à ceux du juge administratif.

Sans apporter d'éléments de fond nouveaux par rapport aux jurisprudences précitées, la décision commentée systématise – dans un considérant de principe – la « palette » des pouvoirs de l'administration face à un contrat affecté par une irrégularité :

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est 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, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».

Après avoir rappelé les fondements du pouvoir de l'administration, le juge précise la variation des pouvoirs de la personne publique contractante confrontée à une clause illicite. Cette variation, inspirée des pouvoirs du juge saisi d'une question identique, est dictée par la préservation de l'équilibre entre le privilège du préalable et la sécurité juridique des relations contractuelles.

## **I. Le rappel des fondements du pouvoir de l'administration**

En premier lieu, le Conseil d'État pose le cadre dans lequel s'inscrit le principe énoncé : sans surprise, c'est bien celui qui découle de la décision Distillerie de Magnac-Laval, visé en tant qu'un corpus de « règles générales applicables aux contrats administratifs ».

Il rappelle que ce cadre implique le pouvoir de modification unilatérale qui s'impose au cocontractant de l'administration et son pendant le droit au maintien de l'équilibre financier.

On retrouve la rédaction similaire dans de nombreuses jurisprudences antérieures, notamment relatives à la modification unilatérale de la consistance d'un service public et de ses modalités d'exploitation [7].

Cette rédaction est également celle de l'arrêt « Société Comptoir Négoce Équipements » précité.

Le Code de la commande publique a par ailleurs codifié ce principe en son article L. 6 5° [N° Lexbase : L4463LRQ](#).

## **II. La systématisation des pouvoirs de l'administration en cas de clause irrégulière**

En second lieu, le Conseil d'État systématise le régime issu de ses jurisprudences précédentes s'agissant des irrégularités qui entachent les clauses d'un contrat. À noter que cet effort de systématisation n'a pas englobé les autres cas d'irrégularité et notamment celle née d'un manquement commis lors de sa passation.

Ainsi, lorsqu'un contrat est, selon l'administration, affecté d'un vice né de l'une de ses clauses, cette dernière doit procéder à une analyse en quatre temps pour définir l'étendue de ses pouvoirs.

***Dans un premier temps***, la personne publique contractante doit s'interroger sur le caractère divisible ou indivisible de la clause viciée.

Certaines clauses sont légalement identifiées comme divisibles. Il en est ainsi des clauses fixant les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation par le juge d'un marché de partenariat (CCP, art. L. 2235-3 [N° Lexbase : L4146LRY](#)) ou d'un contrat de concession (CCP, art. L. 3136-9 [N° Lexbase : L3768LRY](#)).

La jurisprudence identifie également comme divisibles les clauses processuelles, notamment celles qui organisent une procédure de règlement amiable [8] ou encore les clauses réglementaires, divisibles « par nature » [9].

En dehors de ces précisions spécifiques au droit administratif, le Code civil, dans sa version antérieure à 2016 mais sur laquelle la Cour de cassation continue à se fonder [10], définissait les obligations divisibles et indivisibles de manière suivante :

« L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle » (C. civ., ancien article 1217).

L'obligation pouvait en outre être indivisible alors même que son objet est divisible par nature « si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle » (C. civ., ancien article 1219).

La question de la divisibilité de la clause devra donc être posée au cas par cas, à moins que l'effort de systématisation engagé par le Conseil d'État ne permette de dresser, sur ce point également, un panorama clair.

***Dans un deuxième temps***, si la clause est divisible, l'administration doit s'interroger sur le caractère régularisable ou non de la clause concernée.

L'utilisation de ce critère pour déterminer les pouvoirs de l'administration est une prolongation des pouvoirs du juge, statuant sur l'annulation d'un contrat. En effet, outre la considération de la nature de l'illégalité et la prise en compte de l'intérêt général, le caractère régularisable d'une irrégularité doit être pris en compte par le juge de l'exécution du contrat [11].

S'agissant des contrats de commande publique, cette question impliquera nécessairement l'analyse du cadre légal de leur modification limitée, tant pour les marchés publics que pour les concessions, par (i) l'interdiction de modifier la nature globale de ces contrats (CCP, art. L. 2194-1 [N° Lexbase : L4685LRX](#) et L. 3135-1 [N° Lexbase : L7143LQM](#)) et (ii) la satisfaction des conditions prévues par voie réglementaire (CCP art. R. 2191-1 [N° Lexbase : L2700LRG](#) à R. 2194-9 et R. 3135-1 [N° Lexbase : L3654LRR](#) à R. 3135-9).

Dans l'impossibilité de modifier un tel contrat conformément au cadre précité, le contrat peut, selon le Code de la commande publique, être résilié :

« L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre ». (CCP, art. L. 2195-6 [N° Lexbase : L7094LQS](#), et pour les concessions, CCP, art. L. 3136-6 [N° Lexbase : L8176LQU](#)).

***Dans un troisième temps***, si la clause n'est pas divisible, la personne publique contractante doit, pour mettre en œuvre son pouvoir de résiliation unilatérale, identifier une « gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation »

Sur ce point quelques illustrations jurisprudentielles permettent d'identifier les vices considérés comme présentant le caractère de gravité suffisant pour justifier l'annulation du contrat par le juge. Ces illustrations demeurent cependant rares, la jurisprudence étant davantage fournie concernant les vices relatifs au consentement et la procédure de passation des contrats que ceux relatifs à son contenu.

Le Conseil d'État a jugé que « le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement » [\[12\]](#).

Est également considérée comme affectée d'une irrégularité justifiant son annulation toute clause par laquelle l'administration renonce à son pouvoir de résiliation d'un contrat administratif [\[13\]](#).

D'autres vices pourraient être identifiés comme présentant un degré de gravité suffisant pour fonder une résiliation ou une annulation par le juge.

***Dans un quatrième temps***, en présence d'une clause indivisible et d'une gravité caractérisée, l'administration doit vérifier que l'éventuelle résiliation ne porterait pas atteinte à la loyauté des relations contractuelles. Autrement dit, elle doit se demander si elle n'utilise pas son pouvoir en se prévalant d'irrégularités qui lui sont exclusivement imputables (ce qui sera le cas, notamment pour les contrats dont les clauses n'auraient pas fait l'objet d'une négociation) et dans le but d'échapper à ses obligations contractuelles.

En conclusion, schématiquement, les pouvoirs de l'administration face à un contrat comportant une clause qu'elle considère comme étant illicite peuvent être résumés par le logigramme suivant :

