

La pénétration des notions civilistes d'objet et de cause du contrat dans le contentieux des marchés publics

Si le droit des marchés publics semble aujourd'hui être entièrement traité par l'entrée en vigueur de l'ordonnance et du décret marchés publics de 2015 et 2016, il ne faut pas pour autant considérer qu'il s'agit des seules sources prises en considération par le juge administratif. Au-delà des textes et des sources classiques du droit public, les grandes notions du Code civil ont nécessairement eu une incidence sur le régime juridique des marchés publics. Ces derniers ne peuvent aujourd'hui ignorer les notions civilistes d'objet et de cause du contrat.

« S'il est intéressant pour vous [juges administratifs] de connaître les applications que font du Code civil, en matière de paiement de l'indu, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers, mais un litige où l'État est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents. Vous êtes maîtres de votre jurisprudence. À vous de la créer en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective »⁽¹⁾. C'est ainsi que le commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions sur l'arrêt Savonneries Henri Olive de 1921 exposait la problématique de l'influence du droit civil dans la construction de la jurisprudence du Conseil d'État.

La question de l'autonomie des sources et de la pénétration des règles civilistes dans le droit administratif n'est pas nouvelle, et demeure un sujet d'étude privilégié de la doctrine au cours de la première moitié du XX^e siècle⁽²⁾.

Le juge administratif ne vise jamais directement les articles du Code civil dont il entend faire application. Il peut, en revanche, évoquer tel ou tel article au sein d'un considérant, à finalité pédagogique pour expliquer sa prise de position. Ainsi, par exemple, l'application de la responsabilité décennale devant le juge administratif est fondée sur les « principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil »⁽³⁾. Le juge transpose d'un côté, mais conserve toute son indépendance pour en faire son interprétation. En d'autres termes, ce n'est pas le Code civil qui lui opposable, mais seulement l'application qu'il entend en faire.

Auteur

François Lehoux
Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Cause • Légalité • Licéité de l'objet • Résiliation

(1) Conclusions du commissaire du gouvernement Rivet sur CE, 25 novembre 1921, Savonneries Henri Olive, RDP1922, p. 107.

(2) Voir notamment : A. Hauriou, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1934, p. 92.

(3) CE Ass., 2 février 1973, Trannoy, req. n° 82706, *Rec. CE*, p. 74.

En matière d'objet et de cause du contrat dans les marchés publics, il est inutile de rechercher, dans les décisions du juge administratif, les vises des articles 1108 ou 1131 du Code civil, ils n'apparaîtront pas. Il faut, au contraire, rechercher, dans le corps du texte des décisions, les références à l'objet ou à la cause du marché public. Et c'est ainsi qu'il est possible de déterminer si le juge administratif, par rapport à son homologue civiliste, en fait une application similaire ou non.

Il y a quelque chose d'un peu paradoxal à rechercher dans la jurisprudence administrative l'application des notions d'objet et de cause à l'heure où la réforme du droit des contrats vient bousculer ces conceptions classiques héritées du Code de 1804. Faut-il rappeler ici que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », est venue supprimer les références à l'objet et la cause du contrat. L'ancien article 1108 du Code civil, qui listait au titre des conditions de validité d'une convention l'existence d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement » et d'une « cause licite dans l'obligation », est aujourd'hui remplacé par un nouvel article 1128 qui fait référence à un « contenu licite et certain ». Toutefois, même si ces notions ne sont plus explicitement mentionnées dans le Code civil, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent des éléments structurant de la validité des contrats.

On notera également que le juge administratif a déjà eu tendance à englober les notions d'objet et de cause du contrat au sein de celle de contenu. Dans la décision Béziers I de 2009, le Conseil d'État évoque, pour justifier la résiliation d'une convention, le « caractère illicite du contenu du contrat »⁽⁴⁾. Dès lors, la notion de contenu apparaît être au moins en partie synonyme des notions d'objet et de cause. Pour ajouter à l'équivalence des termes pouvant tendre à une certaine confusion, on peut citer une décision relativement récente de la cour administrative d'appel de Nantes. Confrontée à une clause contractuelle dans laquelle une commune s'engageait « à modifier la réglementation d'urbanisme qui relève de son pouvoir de décision unilatéral », la cour a considéré que le « contrat administratif est fondé sur une cause illicite en raison de son objet et est entaché de nullité pour ce motif » et que, en conséquence, « une telle irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat, est de nature à entraîner l'annulation du contrat »⁽⁵⁾.

Les notions d'objet et de cause du contrat ne sont pas étrangères au juge administratif, il a su au travers d'une construction prétorienne, complexe, donner corps à ces concepts civilistes. Sans en faire une application littérale et systématique, il doit en permanence les concilier avec les grands principes du droit administratif, la protection de l'intérêt général, ainsi que les règles entourant la passation des marchés.

(4) CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802, CP-ACCP, n° 97, mars 2010, p. 78, note XD.

(5) CAA Nantes 22 octobre 2010, Ville de Quimper, req. n° 09NT01108.

C'est dans ce contexte que les notions civilistes d'objet et de cause du contrat ont pu pénétrer le contentieux des marchés publics.

Ainsi, l'objet du contrat demeure, pour le juge administratif, une notion principalement attachée à la réglementation en matière de marchés publics, mais ayant dans son sens civiliste, une incidence sur la légalité du marché. Par ailleurs, une jurisprudence plus complexe a ouvert la voie d'un véritable contrôle de l'existence et de la licéité de la cause du marché public.

L'objet : une notion autonome en marchés publics, mais ayant une incidence dans son sens civiliste

En matière de marché public, la notion d'objet revêt une définition propre qui ne doit pas être confondue avec celle issue du Code civil. Par ailleurs, la question de la licéité de l'objet va emporter la question de la légalité même du marché public pour le juge administratif.

Les distinctions entre l'objet du contrat en droit civil et l'objet du marché public

Il est entendu que l'objet du contrat, au sens du Code civil, et plus particulièrement de son ancien article 1126, est « une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Ainsi la notion d'objet va avoir une fonction qualificative de l'obligation qui va naître du contrat.

En revanche, en marché public, la notion d'objet permet la qualification du contrat lui-même. Ainsi l'article 5 de l'ordonnance « marchés publics » n° 2015-899 du 23 juillet 2015 classe les marchés publics en trois catégories (travaux, fournitures et travaux) en fonction de leur objet principal. De même, la détermination de la soumission d'un contrat aux règles de passation des marchés publics va s'établir en fonction de son objet principal⁽⁶⁾.

Ainsi, la notion d'objet va s'éloigner de sa définition civiliste pour recouvrir des champs particuliers de la commande publique, ayant trait plus à la détermination des règles de publicités et de mises en concurrence préalables. Ce domaine est évidemment étranger au Code civil.

L'article 1108 (ancien) du Code civil précisait que l'objet du contrat doit être certain. Cet élément pourrait trouver une équivalence dans l'obligation de la définition préalable du besoin en matière de marchés publics. La question de l'objet certain du contrat est également une obligation en matière de marchés publics, puisque le contrat doit être écrit et que la procédure de passation va imposer une définition préalable du besoin de sorte à avoir une description précise des travaux, fournitures ou services qui seront l'objet du contrat. Ainsi, reprenant l'ancien

(6) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 26.

article 5 du Codes marchés publics de 2006, l'article 30 de l'ordonnance « marchés publics » impose que « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Le pouvoir adjudicateur qui n'aurait pas suffisamment déterminé avec précision ses besoins peut voir sa responsabilité engagée⁽⁷⁾.

Toutefois, si on peut identifier une similitude entre la définition du besoin et l'existence d'un objet certain tel que prévu par le Code civil, il est difficile de prétendre que le juge administratif mobilise, en ce domaine, les règles civilistes, les dispositions propres à la commande publique remplissant aisément leur office.

En revanche, le corpus juridique des marchés publics est plus silencieux sur les questions de licéité de l'objet du contrat.

La question de la licéité de l'objet, une incidence directe sur la légalité du marché public

Dans le contentieux du contrat administratif, le juge va contrôler la licéité de l'objet de la convention. Ainsi, par exemple, une convention d'aménagement contraire à une réglementation en matière d'urbanisme a un objet illégal qui entraîne l'invalidité du contrat⁽⁸⁾. Dans une décision récente, le Conseil d'État rappelle qu'une personne publique ne peut s'engager contractuellement à faire usage dans un sens déterminé de son pouvoir réglementaire. Il précise « qu'un contrat conclu en méconnaissance de ces principes, qui sont d'ordre public, a un objet illicite »⁽⁹⁾.

Dans un autre domaine, confier un droit réel sur un bien du domaine public constitue un objet illicite de la convention tendant à son annulation⁽¹⁰⁾.

La question de la licéité de l'objet va également émerger devant le juge administratif qui sera saisi de l'homologation d'un accord transactionnel mettant fin à un marché public. Il contrôle que « l'objet de cette transaction est licite »⁽¹¹⁾.

L'illégalité de l'objet du marché peut être soulevée par les parties, ainsi que par les tiers, qui peuvent saisir le juge du contrat d'un recours de pleine juridiction pour en contester la validité. Ainsi « lorsqu'il constate le caractère illicite de l'objet ou des conditions de conclusion du contrat, qui font partie des vices entachant la validité du contrat, il appartient au juge du contrat d'en tirer les conséquences »⁽¹²⁾.

Ainsi, il existe une certaine confusion entre la licéité de l'objet du marché et sa légalité. Un objet illicite devrait nécessairement entraîner l'illégalité de la convention.

Toutefois, comme cela peut-être le cas devant le juge administratif, il convient de concilier l'application de ces principes avec la sauvegarde de l'intérêt général, ce qui peut amener, dans certaines circonstances, à avoir une souplesse lorsque le marché public est pris dans l'intérêt du service public. Dans le cas de la protection du droit moral de l'architecte sur son œuvre, il est possible de considérer que le marché public qui lui porterait atteinte (travaux de modification sans accord de l'architecte initial) devrait être considéré comme ayant un objet illicite. Toutefois, dans une décision récente, le juge administratif considère que « le déplacement et l'adaptation des orgues d'étude dans les nouveaux locaux du conservatoire à rayonnement régional, objet du marché en litige, ont été rendus nécessaires par le déménagement du conservatoire dans des locaux neufs ; qu'en admettant même que la société Manufacture d'orgues F..., constructeur des deux orgues devant être déplacés, soit titulaire de droits de propriété intellectuelle sur ces œuvres, l'atteinte portée à ces œuvres est légitimée par les nécessités du service public ; que, par suite, l'objet du marché en litige est licite »⁽¹³⁾.

En définitive, si la licéité de l'objet du marché en fait une condition de sa légalité, il apparaît que le juge administratif n'en fait pas une appréciation *in abstracto*, mais *in concreto* au regard notamment des nécessités du service public.

Le développement d'un véritable contrôle de l'existence et de la licéité de la cause du marché public

L'ancien article 1131 du Code civil exposait que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». C'est dans la décision Commune de la Londe-les-Maures, en 2008, que le juge administratif va faire application de ce texte en exposant comme considérant de principe qu'« une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet

(7) CE 12 mai 1989, Fourgerolle-France, req. n° 81896.

(8) CE 10 juillet 2013, Cne de Vias et SEBLI, req. n° 362304, « l'objet de la convention confiant à la SEBLI l'aménagement de cette zone d'activité était illicite et qu'une telle irrégularité du contrat était susceptible de conduire le juge à en prononcer l'annulation ».

(9) CE 9 juillet 2015, Football Club des Girondins de Bordeaux, req. n° 375542.

(10) CE 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, req. n° 349099 : « la commune ne pouvait légalement concéder à la société anonyme d'habitation à loyer modéré du personnel de la préfecture de police un droit réel sur une dépendance de son domaine public ; qu'il suit de là que l'objet de l'ensemble contractuel litigieux est illicite ».

(11) CAA Paris 29 juin 2006, Société KPMG, req. n° 03PA02539.

(12) CAA Nantes 1^{er} décembre 2015, req. n° 13NT03406.

(13) CAA Nancy 19 avril 2016, Communauté d'agglomération du Grand Besançon, req. n° 14NC01557.

de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite »^[14].

Ce considérant de principe, relativement récent, est une synthèse de l'œuvre du juge administratif, qui en matière de marché public va contrôler l'existence de la cause et sa licéité.

Le contrôle de l'existence de la cause du marché public

En consacrant la notion de cause dans les contrats publics, le juge administratif vient à considérer que son absence est une source de nullité. Par conséquent, le Conseil d'État a décidé qu'un marché public ayant pour objet d'« exécuter les travaux de voirie et de réseaux [...], alors que de tels travaux étaient déjà prévus par le contrat de vente du 8 décembre 1989, se trouvait dépourvu de cause ; qu'étant ainsi entaché de nullité, ce marché n'a pu faire naître d'obligation entre les parties »^[15]. Dans cette acception, la notion de cause va se confondre avec celle de la raison de la passation du marché public, de sorte que si la raison dudit marché n'existe pas, il y a une absence de cause. On peut également prendre en considération l'absence de contrepartie à la convention qui va faire tomber la cause.

Si la question de l'absence de la cause au moment de la conclusion du contrat semble assez bien acceptée, la question de la disparition de la cause en cours d'exécution demeure plus délicate. Cette hypothèse doit demeurer cantonnée aux marchés publics à exécutions successives. C'est dans la décision Béziers III, apportant de nombreuses précisions sur l'office du juge du contrat, que le Conseil d'État admet que la résiliation pour motif d'intérêt général peut intervenir en cas de disparition de la cause du contrat : « Considérant qu'une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause [...] »^[16].

Pour le juge administratif, en l'absence de cause, il ne peut exister de marché public, et si celle-ci venait à dispa-

raître, elle peut justifier le recours à une résiliation pour motif d'intérêt général.

Le contrôle de la licéité de la cause dans les marchés publics

En droit civil, la cause ne doit pas seulement être réelle, encore faut-il qu'elle ne comporte pas un caractère illicite.

En matière de contrat administratif, la nullité d'une convention fondée sur une cause illicite n'est pas une question complètement nouvelle, et on retrouve l'une des premières évocations dans la décision Savonnerie Henri Olive^[17] de 1921.

Le thème s'est un peu renouvelé, récemment, à l'occasion de différents contentieux liés à des prestations de certains cabinets de conseils (*cost killer*) ayant pour objectif d'identifier des optimisations fiscales et budgétaires, au moyen notamment de consultations juridiques à destination de personnes publiques. Le juge administratif a été amené à se prononcer sur la légalité de certains marchés publics, au regard notamment du respect du domaine du droit^[18]. Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon, dans une décision du 22 mars 2012, a considéré que le « contrat conclu entre les deux parties étant contraire aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1971 et reposant dès lors sur une cause illicite, il y a lieu de l'écartier »^[19].

Toujours concernant le respect du domaine du droit^[20], mais dans une décision plus récente, les juges de la cour administrative d'appel de Lyon ont considéré que « le contrat litigieux [avait] une cause illicite, ce qui constitue une illégalité d'une particulière gravité ». Ainsi, la cause illicite peut fonder l'annulation du marché public.

En définitive, l'étanchéité entre le droit privé et le droit public n'est pas absolue. En tant que contrats, les marchés publics ne sauraient ignorer les notions civilistes d'objet et de cause du contrat, même s'il demeure vrai que le juge administratif en fait une libre interprétation et application.

[17] CE 25 novembre 1921, Savonnerie Henri Olive, *Rec. CE* p. 977, *RDP* 1922 p. 107.

[18] Il est ici question du respect de la loi du 31 décembre 1971 réservant notamment l'exercice du conseil juridique à certaines professions réglementées.

[19] CAA Lyon 22 mars 2012, Société CTR, req. n° 11LY01452.

[20] CAA Lyon 18 juin 2015, Sémaphore, req. n° 14LY02786, en l'espèce l'attribution d'un marché public « d'études juridiques et techniques pour sa transformation en communauté de communes » à un cabinet de conseil qui n'est pas un cabinet d'avocats.

[14] CE 15 février 2008, Commune de la Londe-les-Maures, req. n° 279045.

[15] CE 26 septembre 2007, Office public départemental des HLM du Gard, req. n° 259809.

[16] CE 27 février 2015, Commune de Béziers, req. n° 357028.