

MARCHÉS PUBLICS

La nullité du contrat et ses conséquences

Un marché public peut être frappé de nullité : tout doit alors être fait comme s'il n'avait jamais existé. Pour préserver la stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'Etat a toutefois supprimé l'automatisme de l'annulation. Celle-ci est désormais prononcée uniquement pour les vices les plus graves. Voici le point sur les conditions de déclenchement de la nullité, et sur ses conséquences, notamment financières.



CYRIL LAROCHE, avocat à la Cour, docteur en droit, président de l'Association des professionnels du droit public.

Quels sont les effets de la nullité d'un marché public ?

Un marché public nul doit être considéré comme n'ayant jamais existé. La nullité a un effet rétroactif. Elle implique que le marché n'a pas fait naître de droits et d'obligations entre les parties et que, par voie de conséquence, ces dernières sont fondées à ne plus l'exécuter pour l'avenir, y compris si le marché a fait l'objet d'avenants. Les parties ne peuvent plus engager leur responsabilité contractuelle et le titulaire du marché ne peut pas être responsable au titre des garanties de parfait achèvement, de bon fonctionnement et décennale. Aucune pénalité ne peut être infligée par le pouvoir adjudicateur et les contrats de sous-traitance deviennent sans objet. Le sous-traitant peut simplement solliciter un dédommagement du titulaire du marché sans pouvoir agir directement contre le pouvoir adjudicateur. La passation d'un nouveau marché public par le pouvoir adjudicateur sera nécessaire pour l'achèvement des prestations.

Comment la nullité d'un marché public peut-elle être invoquée par les parties au marché ?

Chaque partie au marché peut agir à tout moment devant la juridiction administrative par un recours en contestation de validité du marché pour solliciter son annulation. C'est ce qu'a énoncé le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt « Béziers 1 » (CE, Ass., 28 décembre 2009, « Ville de Béziers », n° 304802). Mais le plus souvent, une partie au contrat invoquera, par voie d'exception, la nullité du marché dans le cadre d'un litige en cours devant la juridiction administrative dans lequel sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée. La nullité du marché peut alors être invoquée en première instance dans le

délai du recours juridictionnel. A défaut, elle devra être constatée d'office par le juge administratif tant en première instance qu'en appel si elle résulte de l'examen du dossier. Et même en cassation, si la nullité du marché n'a pas pu être invoquée par les parties ou relevée d'office par les juges du fond compte tenu de l'état du dossier.

Quels sont les moyens invocables pour demander au juge administratif d'annuler le marché ?

Avant la décision du Conseil d'Etat « Béziers 1 », tout vice qui entachait la passation du marché, ses clauses ou son exécution impliquait que le juge administratif constate la nullité du contrat. Désormais, l'exigence de loyauté des relations contractuelles et l'objectif de stabilité de ces relations posés par le Conseil d'Etat dans l'arrêt précité limitent les vices susceptibles d'entraîner l'annulation du marché. Ainsi celle-ci ne peut-elle, à présent, résulter que du caractère illicite du contenu du contrat ou d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Il s'ensuit que le juge administratif module la sanction d'un vice en fonction de sa gravité. Ainsi seuls les vices les plus graves fonderont une annulation. En présence d'autres vices, le juge pourra décider de maintenir le marché – le cas échéant, en enjoignant à l'administration ou aux parties de le régulariser – ou de le résilier (c'est-à-dire de le faire disparaître sans effet rétroactif). De surcroît, en cas d'illicéité d'une clause, le juge pourrait la considérer divisible des autres stipulations du contrat et se borner à l'annuler sans que l'ensemble du contrat en soit affecté.

Quels sont les vices susceptibles de faire annuler le marché à l'aune de la jurisprudence « Béziers 1 » ?

Les exemples jurisprudentiels sont rares. Concernant les clauses illicites d'un contrat, un marché a été annulé parce qu'une personne publique confiait à un tiers l'exécution d'une compétence qui lui était confiée par la loi (CE, 20 juin 2012, « Sdis du Nord », n° 342843). Il pourrait également être soutenu qu'un marché serait nul s'il devait confier à son titulaire l'exécution de missions de police ou s'il devait prévoir la cession d'une dépendance du domaine public sans désaf-

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Les parties à un marché public doivent être loyales dans leurs relations contractuelles et agir dans le but de stabiliser ces mêmes relations.
- Il s'ensuit qu'un marché est nul dans les seuls cas où sa passation ou une clause est entachée d'un vice grave.
- L'annulation du marché peut être sollicitée par l'une des parties au marché par voie d'action ou d'exception. La nullité du marché doit également être soulevée d'office par le juge.
- En cas d'annulation du marché, le titulaire peut obtenir le remboursement des dépenses utiles au pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, la réparation intégrale du préjudice subi du fait de la faute que ce même pouvoir adjudicateur aurait commise en signant un contrat nul.
- Le pouvoir adjudicateur peut, quant à lui, émettre un titre exécutoire pour réclamer le paiement des sommes indûment versées à son cocontractant.

FICHE PRATIQUE

fection ni déclassement préalables. Concernant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, un manquement du pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la passation d'un marché peut justifier l'annulation du marché dans des cas exceptionnels. C'est-à-dire, lorsque les irrégularités sont d'une gravité telle qu'elles rendent difficiles l'exécution du marché (par exemple, CAA Nancy, 4 juin 2012, «Société collectivités territoriales ressources», n° 10NC02028, pour un marché dont ni les besoins ni le prix n'étaient déterminables). Le vice d'incompétence qui entacherait la décision du pouvoir adjudicateur de signer le marché ne semble pas, à ce jour, avoir été jugé suffisamment grave pour fonder l'annulation d'un marché.

Plus généralement, un marché pourrait également être annulé s'il devait porter sur une cause illicite (CAA Lyon, 22 mars 2012, «Société CTR Lyon», n° 11LY01393, s'agissant d'un marché de prestations juridiques conclu avec une société qui n'avait pas les titres et agréments nécessaires).

Que peut solliciter le titulaire d'un marché en cas d'annulation de ce dernier ?

Le titulaire du marché peut engager la responsabilité quasi contractuelle du pouvoir adjudicateur devant la juridiction administrative sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Il sollicitera alors le remboursement des dépenses utiles – calculées toutes taxes comprises.

Plus précisément, les dépenses utiles sont celles dont le pouvoir adjudicateur a directement profité pour s'enrichir ou faire une économie (par exemple, les charges afférentes à l'emploi du matériel utilisé sur le chantier ou les salaires versés aux personnels du titulaire du marché). Elles peuvent également être des dépenses qui ont indirectement profité à ce même pouvoir adjudicateur (par exemple, des frais généraux). Les frais financiers, les dotations aux amortissements et provisions engagés par l'entreprise pour exécuter le contrat ne sont pas, en revanche, des «dépenses utiles».

Quand le titulaire du marché peut-il réclamer cette indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause ?

L'action tendant à engager la responsabilité quasi contractuelle du pouvoir adjudicateur peut être entreprise à tout moment, sous réserve que la créance alléguée ne soit pas prescrite. Le délai de prescription est de quatre ans et commence à courir à partir du premier jour de l'année suivant celle au

cours de laquelle la créance a été certaine, liquide et exigible. De surcroît, le titulaire du marché peut solliciter le versement d'une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause si, dans le cadre d'une instance engagée sur le fondement de la responsabilité contractuelle, le juge administratif soulève d'office la nullité du marché. Si le marché a été annulé par le juge de première instance, le titulaire du marché est alors recevable à réclamer une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour la première fois en appel (CE, Sect., 20 octobre 2000, «Société Citécâble Est», n° 196553).

La signature d'un contrat nul constitue une faute du pouvoir adjudicateur. Le titulaire du marché peut-il engager la responsabilité de son cocontractant à raison de cette faute ?

Oui. Le titulaire du marché peut demander la réparation intégrale du préjudice causé par la faute du pouvoir adjudicateur. Cette indemnité correspond aux dépenses et charges supportées pour exécuter le marché (par exemple, des indemnités à verser en cas de rupture de contrats de travail ou de contrats de financement) ainsi que la perte de son bénéfice. En pratique, le préjudice commercial est rarement indemnisé. Toutefois, cette indemnité ne peut excéder le montant des sommes que l'exécution du marché aurait rapporté au titulaire du marché. De surcroît, le pouvoir adjudicateur peut être partiellement exonéré de sa responsabilité délictuelle si le titulaire du marché a eu connaissance de la nullité du marché ou que, compte tenu de son expérience et de son comportement, il ne pouvait pas l'ignorer. Cette indemnité peut se cumuler avec celle due au titre de l'enrichissement sans cause.

Que peut réclamer le pouvoir adjudicateur en cas d'annulation du marché ?

Le pouvoir adjudicateur peut émettre un titre exécutoire à l'encontre du titulaire du marché pour solliciter le remboursement des dépenses qu'il a indûment versées à son cocontractant.

Si tel est le cas, le titulaire du marché aura intérêt à demander l'annulation de ce titre devant la juridiction administrative dans le délai de deux mois suivant sa notification. Le caractère exécutoire du titre sera suspendu pendant la durée de l'instance de sorte qu'il ne sera pas tenu de régler les sommes réclamées par le pouvoir adjudicateur dans l'attente du jugement. A noter que le recours juridictionnel devra être précédé d'un recours administratif préalable en cas de titre exécutoire émis par l'Etat ou l'un de ses établissements publics. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- *Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.*
- *Article L. 1617-5 du Code général des collectivités territoriales.*
- *Articles 117 à 119 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.*