

UNE REVOLUTION

Rémy SCHWARTZ¹

INDEX

1. LE DROIT TRADITIONNEL DES CONTRATS

1.1. La jurisprudence a exclu très tôt la possibilité d'un recours des tiers contre le contrat

1.2. Un juge du contrat aux pouvoirs redoutables

2. DES ÉVOLUTIONS SOURCE DE COMPLEXITÉ

2.1. Le juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, a étendu la portée de son action aux contrats eux-mêmes

2.2. Le pouvoir d'injonction donné par la loi au juge administratif a ébréché les frontières entre les contentieux

3. LE DROIT NOUVEAU DES CONTRATS PUBLICS

3.1. Un juge du contrat ouvert au tiers

3.2. Un principe de loyauté des relations contractuelles dans l'exécution du contrat

¹ Conseiller d'Etat, Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat, Professeur associé à l'Université Panthéon-Sorbonne.

Le droit des contrats publics en France a reposé pendant près d'un siècle sur des règles claires et solides posées par le Conseil d'Etat. Les professeurs de droit ont pu enseigner au fil des générations un même corpus juridique issu de la jurisprudence. Mais en 7 ans, entre 2007 et 2014, ce corpus juridique a littéralement explosé. Un nouveau droit des contrats publics a été façonné en quelques années par le Conseil d'Etat.

Cette révolution juridique a néanmoins été préparée par des évolutions jurisprudentielles ponctuelles qui avait rendu de plus en plus complexes la compréhension et le maniement de ce droit des contrats. Au fil du temps les esprits avaient évolué et le juge était prêt à bouleverser ces règles.

1. LE DROIT TRADITIONNEL DES CONTRATS

La jurisprudence s'est construite à la fin du XIXème siècle et au tout début du XXème siècle autour de deux axes principaux.

1.1. La jurisprudence a exclu très tôt la possibilité d'un recours des tiers contre le contrat.

Si dans les années 1860 le Conseil d'Etat avait admis que la validité d'un contrat puisse être contestée devant lui², il a ensuite très vite fermé cette voie. Construisant le contentieux autour du recours pour excès de pouvoir contre un acte, il a exclu, dès la fin de ce XIX siècle, la faculté pour un tiers de contester devant lui la légalité d'un contrat. Seuls les juges judiciaires et les conseils de préfectures, ancêtres des tribunaux administratifs, pouvaient connaître des contentieux contractuels. Et ces contentieux n'étaient pas ouverts aux tiers devant ces juridictions. Les juges du contrat

² CE 30 avril 1863 Ville de Boulogne recueil p405.

excluaient de leur contentieux les tiers. Seules les parties au contrat pouvaient saisir ce juge pour régler leurs différends.

Soucieux néanmoins de faire respecter la légalité par l'administration, y compris lorsqu'elle décidait d'intervenir par la voie contractuelle, le Conseil d'Etat, par des décisions du 11 décembre 1903 Commune de Gorre et surtout du 4 août 1905 Martin, a construit la théorie de l'acte détachable. Il a admis le recours pour excès de pouvoir, recours en annulation contre des décisions administratives, contre les actes supports du contrat, pour l'essentiel les délibérations des assemblées locales autorisant l'exécutif à signer le contrat ou les délibérations des établissements publics autorisant cette signature. Plus tard il a admis le recours, en l'absence de telles délibérations formelles, contre la décision de signer le contrat révélée par cette signature. La notion d'acte détachable susceptible de recours pour excès de pouvoir a ensuite été étendue à la décision de signer un avenant et même au refus de résilier un contrat.

Ce recours pouvait conduire à l'annulation de l'acte détachable laquelle était sans incidence directe sur le contrat lui même, que cette annulation soit prononcée en raison d'un vice propre à l'acte (modalités de délibération de l'assemblée locale autorisant la conclusion du contrat par exemple) ou en raison de l'illégalité du contrat.

Une telle annulation à l'initiative d'un tiers laissait en effet intact le contrat. Elle avait simplement "un effet platonique". Le requérant devait se contenter de la satisfaction morale d'avoir obtenu l'annulation de l'acte détachable. Cette annulation était un rappel à la légalité pour l'administration, invitée ainsi à ne pas réitérer son erreur. Mais le contrat continuait sa vie en dépit de la disparition de son acte détachable, son support juridique.

Les contrats des personnes publiques étaient ainsi à l'abri des contestations des tiers, quelle qu'ait pu être la légalité de ces contrats.

1.2. Un juge du contrat aux pouvoirs redoutables

Seules les parties au contrat pouvaient saisir le juge du contrat et elles ne le

faisaient que pour régler leurs différents contractuels. Le juge compétent pour connaître des contrats publics est bien évidemment le juge administratif. Celui-ci peut revêtir plusieurs casquettes : celle du juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, ou celle du juge des contrats. Dans l'un et l'autre cas son office est distinct.

Si le juge de l'excès de pouvoir est un juge objectif de la légalité des actes administratifs, le juge du contrat est amené à déterminer les droits subjectifs des parties au contrat. Il doit apprécier quels sont les droits des parties et déterminer les sommes dues à l'une ou à l'autre.

Mais une fois saisi par une partie et quel que puisse être le différent, le juge du contrat disposait d'une totale plénitude d'action. Dès lors qu'il constatait un vice affectant la légalité du contrat, il le relevait même d'office pour refuser d'appliquer le contrat. Il en constatait alors la nullité.

Et le juge du contrat avait en réalité une conception très large du moyen "d'ordre public", c'est-à-dire susceptible d'être relevé d'office par lui sans que les parties l'aient soulevé. En réalité, quasiment tout vice affectant le contrat était regardé comme affectant sa légalité et donc susceptible d'être relevé d'office. Si le juge de l'excès de pouvoir avait annulé l'acte détachable, le juge du contrat saisi ensuite d'un litige entre les parties à ce contrat, le déclarait nul quand bien même l'acte détachable avait été annulé simplement en raison d'un vice propre à cet acte, sans que le contrat soit en lui-même illégal.

Et même si l'acte détachable n'avait pas été annulé, le juge du contrat pouvait d'office relever une irrégularité pour le déclarer nul, qu'il s'agisse d'une illégalité propre uniquement à l'acte détachable, d'un simple vice de passation du contrat ou d'une illégalité interne de ce contrat.

En saisissant le juge du contrat, les parties courraient toujours le risque que celui-ci découvre une irrégularité et donc une nullité du contrat pour en écarter l'application.

Une partie pouvait d'ailleurs tourner à son profit ce large pouvoir du juge du contrat. Bien qu'ayant signé en toute connaissance de cause un contrat alors que, par exemple, la procédure de passation n'avait pas été pleinement régulière, irrégularité dont elle avait bénéficié, une partie pouvait plus tard se délier sans risque de son engagement. Il lui suffisait de saisir le juge du contrat d'un quelconque différent pour que celui-ci relève cette irrégularité et déclare nul le contrat... Peu importe que la partie ait été à l'origine de l'irrégularité et en ait profité en toute connaissance de cause, le juge du contrat déclarait nul le contrat à raison de cette irrégularité que cette partie pouvait même invoquer devant lui.

Les conséquences pour une entreprise pouvaient être lourdes. En cas de différent dans l'exécution du contrat, la personne publique pouvait à tout moment invoquer une irrégularité dont elle était pourtant à l'origine, vice dans la délibération de son conseil par exemple, pour que le juge déclare nul le contrat. La personne publique se trouvait alors déliée de ses engagements contractuels et le cocontractant n'avait droit à être indemnisé qu'au seul titre des dépenses utilement exposées pour la personne publique (lesquelles excluaient évidemment la marge de l'entreprise).

Le droit des contrats était ainsi ordonné autour de ces deux axes jurisprudentiels: accès au contrat fermé au tiers qui ne pouvaient obtenir que la satisfaction essentiellement morale d'une annulation de l'acte détachable d'une part; juge du contrat, accessible aux seules parties à ce contrat, disposant d'une redoutable plénitude d'appréciation et d'action d'autre part. Ces deux axes ordonneront pendant près d'un siècle le contentieux contractuel en dépit des évolutions que connaîtra ce contentieux.

2. DES ÉVOLUTIONS SOURCE DE COMPLEXITÉ

La jurisprudence a évolué au fil des décennies. En réalité plusieurs courants jurisprudentiels distincts ont pris leur essor, rendant plus complexe le droit des contrats. La complexité est née des voies qui ont été ouvertes aux tiers pour contester et remettre en cause des contrats ou des clauses directement ou indirectement.

2.1. Le juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, a étendu la portée de son action aux contrats eux-mêmes.

a) le Conseil d'Etat a tout d'abord accepté de connaître de recours pour excès de pouvoir contre certains « contrats ».

Il s'agissait en réalité de « faux » contrats. L'administration peut en effet décider d'accompagner son pouvoir d'action unilatérale d'un habillage contractuel.

C'est ainsi que l'administration pouvait autoriser l'occupation de son domaine public par décision unilatérale ou par contrat. Pour éviter de traiter différemment la contestation de ces autorisations d'occupation selon qu'elles étaient accordées par acte unilatéral ou contrat, le Conseil d'Etat a admis le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les unes et les autres. D'une façon plus générale, toutes les conventions autorisant l'occupation du domaine public, comme le domaine public « aérien » ou « hertzien » pouvaient être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir³.

Et dans le contentieux des agents publics contractuels, le juge administratif a admis l'intervention du juge de pouvoir. Les contrats de recrutement des agents publics ont toujours été de « faux » contrats et de « vrais » décisions unilatérales. Les agents publics, même contractuels, sont depuis longtemps dans un cadre réglementaire. Il n'y a rien de « contractuel » dans leur situation. Tout est déterminé unilatéralement par l'employeur public. Le Conseil d'Etat avait ainsi admis que des agents publics puissent former des recours pour excès de pouvoir contre des mesures d'exécution de leur contrat⁴. Il a été conduit ainsi à admettre le recours pour excès de pouvoir de tiers contre

³ voir CE Assemblée 8 avril 1998 Société SERC Fun radio, recueil p 138.

⁴ par exemple CE 25 mai 1979 Mme Rabut recueil p231.

les contrats de recrutement d'agents publics⁵.

Dans l'univers des contrats, le Conseil d'Etat a ainsi fait un sort particulier aux quasi-actes unilatéraux que sont les contrats portant occupation du domaine public ou les contrats de recrutement d'agents publics.

b) La voie d'action contre des clauses réglementaires des contrats a été ouverte

La personne publique peut être amenée à insérer dans des contrats des clauses qui normalement relèvent de son pouvoir réglementaire.

C'est tout particulièrement le cas s'agissant des contrats portant délégation de service public. Lorsque l'administration confie par contrat à une personne l'exécution d'un service public, elle insère très généralement dans le contrat des clauses intéressant les usagers : clauses de prix ou mesures d'organisation du service public. De telle clauses ont un objet général et impersonnel et concernent les usagers. Elles ont une nature réglementaire et le Conseil d'Etat a en conséquence admis qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁶.

Un usager du service public, tiers au contrat, ne peut en contester directement la validité. Il ne peut saisir le juge du contrat ni former un recours pour excès de pouvoir contre ce contrat. Par contre, il peut former un recours pour excès de pouvoir contre ses seules clauses réglementaires, par nature divisibles.

c) Le législateur a ouvert une voie d'action générale aux préfets contre tous les contrats des collectivités locales.

⁵ CE 30 octobre 1998 Ville de Lisieux recueil p 375.

⁶ CE Assemblée 10 juillet 1996 Cayzele recueil p 274.

La loi du 3 mai 1982 portant décentralisation de la République a supprimé la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Mais le législateur a dû prévoir un contrôle de légalité sur leurs actes, assuré par les préfets dans les départements et régions. Ceux-ci peuvent déférer les actes des collectivités territoriales qu'ils estiment contraires à la légalité au juge administratif. Et le législateur a également permis aux préfets de contester la légalité des contrats de ces collectivités locales devant le juge administratif. Cette action s'exerce dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir⁷.

Au fil du temps les contrats se sont ouverts à la contestation de tiers : d'une façon générale pour ce qui concerne les préfets dans le cadre de leur contrôle de légalité des actes et contrats des collectivités locales ; d'une façon parcellaire pour ce qui concerne les tiers susceptibles de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les « faux » contrats ou les clauses réglementaires des contrats.

2.2. Le pouvoir d'injonction donné par la loi au juge administratif a ébréché les frontières entre les contentieux

Par une loi du 16 Juillet 1980, le législateur a confié un pouvoir d'astreinte au Conseil d'Etat en vue d'assurer l'exécution d'une décision rendue par une juridiction administrative. La Haute Assemblée, saisie par une requérant de difficultés rencontrées pour assurer l'exécution d'une décision de justice, avait ainsi le pouvoir d'enjoindre sous astreinte à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour assurer cette exécution.

Cette voie pour faire respecter la chose jugée avait été longtemps ignorée par les requérants ayant obtenu l'annulation d'un acte détachable du contrat.

Nous avons vu que cette annulation restait sans effet direct sur le contrat qui continuait sa vie. Jusqu'au jour où des requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'une

⁷ CE 26 juillet 1991 Commune de Sainte Marie recueil p 302.

demande en vue de prononcer une astreinte contre une commune afin que soit exécuté le jugement par lequel un tribunal administratif avait annulé la délibération de son conseil municipal autorisant la signature d'un contrat de vente d'un bien du domaine privé de la commune. Et par sa décision du 7 octobre 1994⁸ le Conseil d'Etat a fait droit à leur demande et a ordonné à la commune sous astreinte journalière de saisir le juge du contrat, juge judiciaire en l'espèce, pour que soient tirées les conséquences de cette annulation et que soit obtenu le retour dans le domaine de la commune du bien illégalement cédé. Une voie nouvelle était ainsi ouverte pour que soit tirées les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat lui-même.

Puis le juge administratif a été doté par la loi d'un pouvoir d'injonction sous astreinte. Désormais, un requérant qui demande l'annulation d'un acte administratif, peut assortir ses conclusions d'annulation d'une demande d'injonction pour que le juge ordonne, sous astreinte, à la personne publique de prendre les mesures qu'implique nécessairement l'annulation de l'acte. Et, dans ce cadre nouveau, les requérants qui saisissaient le juge de l'excès de pouvoir de conclusions d'annulation d'un acte détachable du contrat, assortissaient cette demande quasi systématiquement d'une demande complémentaire d'injonction en vue que soient tirées les conséquences de cette annulation sur le contrat.

La juge statuant sur la demande d'injonction devait d'abord voir si les parties n'avaient pas elles mêmes tirées les conclusions de l'annulation en mettant fin au contrat. Il devait aussi déterminer si un motif d'intérêt général n'imposait pas la poursuite des relations contractuelles. Il pouvait aussi inviter les parties à régulariser le contrat dans un délai donné, si le vice était régularisable, à moins de le résilier. Il pouvait ordonner la résiliation du contrat au terme de ce délai ou, si, le vice était grave, directement enjoindre à la personne publique de le résilier. Mais le juge ne pouvait manier l'injonction pour constater la « nullité » du contrat, c'est-à-dire sa disparition

⁸ recueil p 430.

rétroactive en cas de vice d'une particulière gravité. Dans une telle hypothèse il devait ordonner aux parties à « résoudre leurs relations contractuels » et si elles ne s'entendaient pas à cette fin, de saisir ensuite le juge du contrat pour qu'il se prononce.

Ce mode d'emploi, complexe, a été synthétisé dans une décision du 21 février 2011 Société Ophrys⁹ «L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé. Il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

Un tiers pouvait désormais, au terme d'une procédure complexe et longue obtenir la résiliation voire l'annulation du contrat, mais par une voie indirecte.

Ainsi, tant le développement de l'office du juge de l'excès de pouvoir que la mise en œuvre de la procédure d'injonction remettaient en cause les frontières qu'avait tracées le juge lui-même. Les temps étaient venus d'une nouvelle organisation du contentieux contractuel.

3. LE DROIT NOUVEAU DES CONTRATS PUBLICS

Ce droit s'organise autour de deux nouveaux axes ; un contentieux concentré sur le juge du contrat auquel le tiers a accès et un principe de loyauté des relations

⁹ recueil p 54.

contractuelles dans l'exécution du contrat.

3.1. Un juge du contrat ouvert au tiers.

Par deux décisions successives, l'Assemblée du contentieux a révolutionné le droit des contrats : la première est la décision du 6 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation¹⁰ et la seconde est celle du 4 avril 2014 Département de Tarn et Garonne¹¹.

1 - Désormais tout contrat peut être directement contesté devant le juge du contrat dans les deux mois à compter de sa publication. Faute de saisine du juge dans ce délai il devient définitif.

Il est évident que tout le contrat ne peut être publié. Il faut en publier les caractéristiques principales (objet, durée...) et indiquer le lieu ou l'ensemble du contrat peut être consulté.

2 - Dans un premier temps, la société Tropic travaux avait ouvert ce recours aux seuls concurrents évincés. La décision Département de Tarn et Garonne ouvre plus largement ce recours en contestation de la validité du contrat à toute personne justifiant d'un intérêt lésé, lequel ne peut être que strictement entendu. Il faut pouvoir justifier que l'exécution du contrat lésera ses intérêts.

Ce recours n'est ainsi ouvert qu'au « tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses ».

3 - Le pendant de cette ouverture d'un recours en contestation de la validité du contrat devant le juge du contrat est la fermeture du recours pour excès de pouvoir

¹⁰ recueil p.360

¹¹ requête n° 358 994.

contre les actes détachables. Désormais il n'y a plus de recours contre ces actes, ni la complexe intervention du juge de l'astreinte pour tirer les conséquences de l'annulation d'un tel acte sur le contrat lui-même. La décision Département de Tarn et Garonne met fin à la jurisprudence du 4 août 1905 Martin.

Cependant, elle ne ferme pas complètement cette voie puisque le Conseil d'Etat a entendu préserver la faculté pour le préfet de déférer au juge de l'excès de pouvoir, dans le cadre de son contrôle de la légalité des actes pris par les collectivités territoriales, ces actes détachables du contrat. Le contrôle de légalité est une exigence constitutionnelle dont la portée ne semblait pas permettre de fermer le recours du préfet contre ces actes, même si l'intérêt d'un tel recours est très mineur compte tenu de la possibilité de contester le contrat lui-même. Toutefois, le Conseil d'Etat a encore limité l'intérêt de cette action en jugeant que si le préfet conserve la possibilité de contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir, il ne peut le faire que jusqu'à la conclusion du contrat. A cette date, il ne pourra plus déférer ces actes au juge de l'excès de pouvoir et les recours qu'il aura le cas échéant engagé et qui n'auront pas encore été jugés perdront leur objet.

Reste aussi le cas marginal des contrats de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire.

Le juge administratif reste compétent pour connaître de la légalité des délibérations des conseils des collectivités locales autorisant leur signature. Dès lors qu'il ne peut connaître de la contestation en validité de ces contrats de droit privé, le recours pour excès de pouvoir contre leurs actes détachables n'a pu être fermé. En cette action doit rester ouverte même après la signature du contrat, le juge judiciaire étant alors compétent pour déterminer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

4 - Le Conseil d'Etat a également innové en restreignant les moyens susceptibles d'être invoqués. Normalement, lorsque l'intérêt à agir d'un requérant est reconnu, il peut soulever tout moyen pour contester la légalité de l'acte attaqué.

La décision Département de Tarn et Garonne s'écarte de cette règle générale de

procédure en limitant, pour ce seul contentieux de la contestation de la validité du contrat, les moyens susceptibles d'être invoqués. Les requérant ne peuvent désormais invoquer utilement « que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Si une association de défense de l'environnement, par exemple, arrive à justifier d'un intérêt à agir contre un contrat, elle ne pourra pas utilement invoquer des vices de passation du contrat. Elle ne pourra invoquer que des moyens en rapport avec son intérêt lésé, c'est-à-dire la protection de l'environnement. A l'inverse, un concurrent évincé ne pourra invoquer que des vices de passation et non contester le bien fondé du contrat.

Les contentieux dilatoires sont ainsi découragés : les parties ne pourront accéder au juge du contrat et débattre que pour défendre leurs intérêts lésés et non invoquer de multiples moyens dilatoires et sans rapport avec la raison d'être de leur action contentieuse.

Le Conseil d'Etat a réservé les vices d'une particulière gravité que tous les requérants, quels que soient leurs intérêts lésés, pourront toujours soulever. Il s'agit des vices d'ordre public à raison de leur gravité. Dès lors que le juge doit les soulever d'office s'ils ressortent du dossier qui lui est soumis, il est logique que de toute façon les requérants puissent les soulever quels que puissent être leurs intérêts lésés ;

5 - Ce faisant, le Conseil d'Etat a strictement réduit le champ des moyens susceptibles d'être soulevés d'office devant le juge du contrat. Ils se réduisent aux vices d'une particulière gravité, notamment au vice du consentement ou au vice interne au contrat, ceux qui affectent la légalité même du contrat. Est par exemple d'ordre public l'illégalité de la clause d'un contrat prévoyant une indemnité en cas de résiliation du contrat renouvelé par tacite reconduction, dès lors que la clause de tacite reconduction est prohibée et donc illégale¹².

¹² CE 17 octobre 2016 Commune de Villeneuve le Roi n° 398 131

6 - Et le juge du contrat dispose d'une plénitude d'action : il peut estimer que les vices sont régularisables et inviter les parties à y procéder, à moins d'une résiliation du contrat. Il peut relever l'existence d'un intérêt général faisant obstacle à la résiliation du contrat. En cas de vice majeur il pourra prononcer la cessation du contrat, pour l'avenir, ou en prononcer l'annulation, ce qui induit sa disparition rétroactive.

L'action contre le contrat est désormais quasi exclusivement recentrée sur le juge du contrat, vigilant sur l'intérêt pour agir et sur les moyens susceptibles d'être invoqués et disposant d'une plénitude de pouvoir pour régler le litige.

3.2. Un principe de loyauté des relations contractuelles dans l'exécution du contrat.

Nous avons indiqué ci-dessus qu'une partie au contrat pouvait se délier de ses engagements contractuels en invoquant devant le juge du contrat tout vice en affectant sa régularité, y compris ceux dont elle était responsable. Ainsi, en cas de litige engagé par son cocontractant devant le juge du contrat, la personne publique pouvait pour se délier de ses engagements en invoquant la nullité du contrat au motif tiré de ce que la procédure de passation qu'elle avait mise en œuvre était irrégulière.

Une personne publique pouvait donc invoquer sa propre turpitude pour se délier de ses engagements contractuels. L'entreprise cocontractante, confronté à un contrat déclaré nul par le juge, n'avait plus droit qu'au remboursement des seules dépenses utilement exposées pour la personne publique.

Par sa décision d'Assemblée du 28 décembre 2009 Commune de Béziers¹³ le Conseil d'Etat a dégagé le principe général de « loyauté des relations contractuelles ». Désormais une partie à un contrat est tenue par ce principe et doit appliquer le contrat

¹³ recueil p 509.

qu'elle a conclu. Elle ne peut plus en principe invoquer tel ou tel vice pour écarter l'application de ce contrat.

La seule réserve tient seulement au cas où le juge « constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ». Ce n'est que dans un tel cas exceptionnel que le juge doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

Ainsi, une partie ne peut normalement invoquer un vice de passation du contrat ni le juge le relever d'office, sauf vice d'une particulière gravité, compte tenu des circonstances dans laquelle l'illégalité a été commise. La loyauté des relations contractuels met normalement fin à la possibilité pour une partie de se prévaloir de ses propres turpitudes. Dès lors que le contrat a été signé, elle doit loyalement l'exécuter et ne peut se délier de ses engagements, sauf illégalité grave.

Ainsi, en quelques années, la jurisprudence a remis en cause les règles qu'elle avait elle-même forgé. Le Conseil d'Etat a radicalement modifié les axes autour desquels le droit et le contentieux des contrats publics s'ordonnent. La sécurité juridique a prévalu, dans le respect du principe de légalité. Il s'est agi de préserver cette sécurité juridique des contrats sans remettre en cause les règles essentielles d'un Etat de droit.