

## Le meilleur reste à venir

La philosophie vient, en tout cas, toujours trop tard. [...] La chouette de Minerve ne prend son vol qu'à la tombée de la nuit »<sup>[1]</sup>. Il revient pareillement à la jurisprudence d'interpréter sans précipitation et après-coup les textes. Mais, dépendante des litiges, il lui arrive aussi de venir tardivement apporter une réponse ou une confirmation longtemps espérée à une question qu'entre-temps, le législateur avait fini par résoudre<sup>[2]</sup>. Ainsi a-t-on récemment appris qu'avant l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques<sup>[3]</sup>, il était déjà possible, ainsi que l'avait suggéré la doctrine<sup>[4]</sup>, de conclure, selon certaines modalités, une promesse de vente de biens du domaine public sous condition suspensive de leur déclassement<sup>[5]</sup>.

Pour autant, il est des domaines où la jurisprudence innove, devance et défriche, et le contentieux des contrats publics en est une singulière illustration. Il peut d'abord s'agir d'intégrer des solutions que l'on aurait pu croire tenues en lisière du contentieux des contrats, avec l'application de la jurisprudence Danthony à la procédure

d'élaboration des clauses réglementaires<sup>[6]</sup> ou l'extension de la jurisprudence Czabaj à la décision de signer un avenant<sup>[7]</sup>. Il peut ensuite s'agir, en reconnaissant « la possibilité pour les parties de décider de régulariser le contrat » illégal<sup>[8]</sup>, après ses actes détachables<sup>[9]</sup>, de préparer et d'accompagner la reconnaissance d'un pouvoir général de régularisation des actes illégaux<sup>[10]</sup>. Il peut enfin s'agir de créer de nouvelles voies de recours<sup>[11]</sup>. De fait, si le contentieux de l'urbanisme a pu être cité en exemple par des rapporteurs publics concluant en matière de contrats<sup>[12]</sup>, l'inverse est tout aussi vrai<sup>[13]</sup>.

Et, à cet égard, le plus intéressant reste à venir : le Conseil d'État confirmera-t-il cette extension de la jurisprudence Czabaj ? Quel régime de régularisation du contrat illégal ?<sup>[14]</sup> Quels seront les intérêts lésés admis et les vices en rapport direct avec ceux-ci ?<sup>[15]</sup>

**Philippe Proot**

*Avocat à la cour – of counsel*

[1] G.W.F. Hegel, préface des Principes de la philosophie du droit, 1820.

[2] CE Ass. 19 juillet 2011, Vayssièrre, req. n° 320796 : BEA cultuel ; CJUE 26 mars 2015 Ambisig, aff. C-601/13 : critère d'attribution lié à l'équipe dédiée, entre-temps expressément prévu (dir. 2014/24/UE, cons. 64 et art. 67 § 2-b).

[3] CG3P, art. L. 3112-4.

[4] L. Aynès, E. Fatôme et M. Raunet, « Les promesses de vente de bien du domaine public sous condition suspensive de déclassement », *AJDA* 2014, p. 961.

[5] CE 15 novembre 2017, Cne d'Aix-en-Provence, req. n° 409728, point 4.

[6] CE 30 juin 2016, Synd. des compagnies aériennes autonomes, req. n° 393805, pts 4-7. V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Contrats et marchés publ.*, 2016, repère 10.

[7] CAA Paris 4 juillet 2017, req. n° 15PA02283, pts 25-26 : *Contrats et marchés publ.*, n° 248, note G. Eckert.

[8] CE 11 mai 2016, CUMPM, req. n° 390118, pt 17 : *AJDA* 2017, p. 611, note E. Fatôme et J.-F. Lafaix ; CE 10 février 2017, Ville de Paris, req. n° 395433, pt 9.

[9] CE 8 juin 2011, Cne de Divonne-les-Bains, req. n° 327515.

[10] V. Daumas, « Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier », *DA* mars 2017, étude 4.

[11] CE Ass. 4 avril 2014, Dépt. de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : *Rec. CE*, p. 70, concl. B. Dacosta ; CE Sect. 30 juin 2017, SMPAT, req. n° 398445 : *RFDA* 2017, p. 937, concl. G. Pellissier.

[12] B. Dacosta, concl. préc.

[13] A. Lallet, concl. sur CE Sect. 13 mars 2015, Ciaudo, req. n° 358677 : *BJDU*, p. 207 : « vous ne feriez que vous inspirer modestement des audaces du contentieux contractuel, qui vous conduit dans certaines configurations à rechercher si le vice allégué est en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le requérant se prévaut » ; C. Touboul, concl. sur CE 2 octobre 2017, Montpellier Méditerranée Métropole et Cne de Lattes, req. n° 398322.

[14] J.-F. Lafaix, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats et marchés publ.*, 2017, étude 9.

[15] Appliquant ce double filtre : CAA Paris 11 octobre 2017, req. n° 16PA02885.