

Cession de contrat et silence de la personne publique

PAR JÉRÔME MICHEL
ET MARIANNE CESSAC
AVOCATS AU BARREAU DE PARIS

L'ESSENTIEL

Le principe selon lequel la cession d'un contrat administratif doit être autorisée soulève en pratique bien des incertitudes lorsque la personne publique s'abstient de répondre à la demande de son cocontractant; ni les textes ni la jurisprudence ne précisant ce qu'il faut déduire d'un tel silence.

Que déduire du silence gardé par la personne publique à la suite d'une demande de cession de contrat formulée par son cocontractant ?

Cette interrogation revêt une grande importance concrète dans la vie des affaires, en particulier à l'occasion d'opérations d'acquisition ou de restructuration de sociétés dont l'activité repose en tout ou partie sur des contrats administratifs¹ (marchés publics et délégations de services publics notamment).

Dans ce cadre, si l'avis n° 364803 du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 a très opportunément fait le point sur les principes applicables à la cession des marchés publics et des délégations de service public, principes que la doctrine a élargis à l'ensemble des contrats administratifs, il demeure bien des incertitudes en cas de silence opposé par le cocontractant public à une demande d'autorisation de cession.

► Principes dégagés par le Conseil d'Etat

NOTION DE CESSION

Dans son avis du 8 juin 2000, le Conseil d'Etat a défini la cession de contrat comme « la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat » et a précisé que le cessionnaire doit être « une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat ».

Il s'agit donc, pour l'essentiel, des cas où une personne physique ou morale cède directement le contrat à un tiers (par exemple dans le cadre d'une cession de fonds de commerce) ou des hypothèses de changement de personne morale du titulaire du contrat (fusion, scission, filialisation d'une activité, etc.).

Aussi, la seule prise de contrôle du capital d'une société titulaire d'un contrat administratif, qui n'entraîne pas par elle-même de changement dans la personne morale de cette

société, ne constitue pas une cession au sens de l'avis précité (il convient toutefois, en pratique, de relativiser la distinction entre cession et changement de contrôle : en effet, si l'administration n'a pas le pouvoir d'autoriser ou de s'opposer à un changement de contrôle dans le capital de son cocontractant, elle a en revanche la faculté de résilier le contrat en se fondant sur des motifs de même nature que ceux justifiant un refus d'autorisation de cession [garanties techniques et financières et risques de conflit d'intérêts avec les nouveaux actionnaires notamment]; v. *infra* et CE 31 juill. 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Lebon 34; AJDA 1996. 788, note J.-P. Gilli).

NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION DE LA PERSONNE PUBLIQUE COCONTRACTANTE

Dans l'avis du 8 juin 2000, le Conseil d'Etat a rappelé la nécessité d'obtenir l'autorisation de la personne publique cocontractante préalablement à toute cession de contrat. La haute juridiction a également précisé les conditions dans lesquelles l'administration peut (ou même doit) légalement refuser une autorisation de cession de contrat.

Ainsi, une autorisation de cession de contrat ne peut notamment être refusée que pour un motif tiré de l'appréciation des garanties professionnelles et financières du nouveau titulaire afin d'assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché public ou la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service dans le cas d'une délégation de service public. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé que, si la cession de contrat envisagée « paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial, soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat », la personne publique cocontractante est fondée à refuser la cession.

Conformément à ces principes, il a été jugé qu'une cession de contrat non autorisée était nulle et inopposable à la personne publique cocontractante (CE 2 févr. 1979, *Ville de Châlons-sur-Marne c/ GIE Publicitor*, Lebon 752), le cédant conservant alors la charge du service et le cessionnaire non autorisé devant être considéré comme gérant de fait (CE 5 janv. 1951, *Commune de Lesparrou*, req. n° 87506).

(1) Précisons ici que les conventions autorisant l'occupation du domaine public sont exclues de cette étude dans la mesure où celles-ci ne peuvent en principe pas être cédées (il a en effet été jugé que l'administration ne saurait autoriser l'occupant à transférer son autorisation: CE 10 mai 1989, *Munoz*, Lebon 675).

Enfin, la jurisprudence rappelle également que l'administration ne saurait s'engager par avance à autoriser la cession du contrat, dans la mesure où elle se priverait alors de la possibilité (qui est pour elle un devoir) d'apprécier chaque cession au cas par cas (CE 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Lebon 141).

L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 a, en son temps, été accueilli avec beaucoup d'enthousiasme par la doctrine (v., par ex., C. Maugué et L. Deruy, CJEG mars 2001, n° 574, p. 104 s.), tant les éclaircissements qu'il a apportés étaient attendus. Toutefois, bientôt huit ans après, si la nécessité d'obtenir l'autorisation de la personne publique avant la cession d'un contrat administratif est désormais bien établie, il reste que, dans la vie quotidienne des affaires, l'interprétation qu'il convient de donner au cas très fréquent de l'absence de réponse de la personne publique demeure souvent problématique.

► Portée du silence de la personne publique

L'ADMISSION D'AUTORISATIONS TACITES RÉSULTANT DU COMPORTEMENT DE LA PERSONNE PUBLIQUE COCONTRACTANTE

Aucun texte ne règle de manière générale la forme que doit revêtir l'autorisation de l'administration cocontractante en matière de cession de contrat. C'est du reste ce qu'a relevé le Conseil d'Etat lui-même dans son avis du 8 juin 2000. Deux réponses ministérielles (JOAN 8 juin 1998, n° 2886; JOAN 12 avr. 1999, n° 24748) ont toutefois cru devoir indiquer que, «le défaut d'accord exprès de l'autorité déléguée conduit à la nullité de l'acte de cession». De même, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé, à propos de la cession de deux concessions de remontées mécaniques, qu'en l'absence de délibération du conseil municipal autorisant la cession des concessions, le titulaire initial des contrats demeurerait le cocontractant de la commune (CAA Marseille 18 juin 1998, *Société de développement du Val d'Allos*, Lebon T. 1030 et 1084).

Toutefois, cette position n'est pas celle retenue traditionnellement par le Conseil d'Etat, qui a admis l'existence d'autorisations implicites dans les cessions de contrats administratifs (CE 27 oct. 1937, *Ministre des finances et Chovin*, req. n° 46515). Sous l'arrêt du 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Cie*, le commissaire du gouvernement Vught rappelait ainsi que «la cession [ou le sous-traité] peut être autorisée sans décision expresse du maître de l'ouvrage dès lors que son consentement apparaît clairement». Plus récemment, il a également été jugé que l'autorisation de l'administration pouvait être tacite et résulter de son comportement non ambigu à l'égard du cessionnaire (en l'espèce, l'administration avait adressé des ordres de service et d'autres courriers à la société cessionnaire qui avait absorbé le titulaire initial du marché public) (CE 28 mai 2001, *Territoire des îles Wallis et Futuna*, req. n° 203764).

Cependant, cette notion même de «comportement non ambigu» de la personne publique est porteuse d'incertitudes.

En effet, il s'agit d'une notion subjective, là où précisément l'on recherche avant tout la sécurité et l'efficacité juridiques. Quels sont les critères d'un tel comportement? Suppose-t-il une répétition, un écoulement du temps, difficilement compatibles d'ailleurs avec les contraintes de rapidité de la vie des affaires? Une telle notion pourrait par ailleurs se heurter, si elle devait être considérée comme applicable, avec la règle voulant que le silence gardé par la personne publique pendant un certain délai vaudrait rejet de la demande, comme on va le voir plus bas. En définitive, cette approche jurisprudentielle paraît apporter une certitude principale: le consentement de l'administration peut résulter de comportements et d'actes positifs (correspondances, ordres de service, par exemple)

La notion même de «comportement non ambigu» de la personne publique est porteuse d'incertitudes.

sans qu'un formalisme particulier (délibération ou autre) puisse être exigé.

Cela étant dit, restent les cas où la personne publique oppose un silence à la demande de cession, qu'au-

cun «comportement non ambigu» de sa part ne permet par ailleurs d'analyser en une acceptation implicite. Ce cas est fréquent et correspond à une hypothèse à laquelle sont bien souvent confrontés les opérateurs économiques contractants de l'administration. Or, cette question est particulièrement importante lorsque, dans le cadre d'opérations d'acquisition, par exemple, l'autorisation de la cession des contrats de la société cédée est une condition suspensive à la réalisation de l'opération: peut-on considérer, à l'issue d'un certain délai, que l'on a obtenu une décision implicite de la personne publique restée silencieuse à la suite d'une demande de cession de contrat? Quel serait alors ce délai et ce silence équivaldrait-il à une décision de rejet ou d'acceptation?

SILENCE DE LA PERSONNE PUBLIQUE EN L'ABSENCE DE TOUT COMPORTEMENT NON AMBIGU DE SA PART

Dans le cadre de l'exécution de certains contrats, des textes spécifiques règlent la question de la valeur du silence gardé par l'administration face à une demande d'autorisation formulée par le cocontractant (par ex., art. 114-4° C. marchés en matière d'agrément des sous-traitants dans le cadre de l'exécution de marchés publics ou encore art. R. 57-7 C. dom. Et. en matière d'agrément sur la transmission de titres d'occupation du domaine public).

Toutefois, ces dispositions ne concernent pas le cas spécifique de la cession de contrat administratif et leur caractère particulier ne permet pas d'en tirer un enseignement général dans notre cas.

Il existe par ailleurs un régime général des décisions implicites de l'administration. L'alinéa 1^{er} de l'article 21 de la loi n° 2000-312 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations prévoit en effet que, «sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet».

Cette disposition est-elle applicable aux demandes d'autorisation d'une cession de contrat? Il est permis d'en douter². Une série d'indices incite en effet à répondre par la négative: – tout d'abord, l'intitulé même de la loi du 12 avril 2000 qui fait référence aux «citoyens» et aux «administrations»; – ensuite, les débats parlementaires qui semblent traduire la volonté du législateur de régir les «relations de guichet» entre administrations et administrés, et non les relations entre cocontractants (sans pour autant, il faut le reconnaître, les en exclure expressément);

– en outre, même s'il s'agit là d'un argument plus pratique que juridique, comment concilier l'application de cet article 21 de la loi de 2000 avec les principes selon lesquels la personne publique ne peut refuser la cession du contrat que dans certains cas précis? En cas de refus d'autoriser la cession, seule une réponse expresse et motivée serait de nature à satisfaire les conditions posées par l'avis du Conseil d'Etat et la jurisprudence. Certes, on sait qu'une décision tacite (en l'occurrence de rejet) peut faire l'objet d'une motivation expresse ultérieure si le requérant en fait la demande. Toutefois, une telle approche irait d'après nous à l'encontre de l'économie du système

En l'absence de prise de position claire de la juridiction administrative, on ne peut totalement exclure que la loi du 12 avril 2000 ait vocation à s'appliquer aux cessions de contrats.

voulu par le Conseil d'Etat et d'une protection efficace des cocontractants de l'administration;

– enfin, et là encore de manière pratique, chacun a pu constater que dans la grande majorité des cas, le silence de la personne publique n'est considéré ni par

son cocontractant, ni par elle-même comme valant refus de la cession du contrat. Il y aurait tout de même un paradoxe à considérer que cette loi est applicable, mais qu'elle resterait très largement et impunément inappliquée sans que qui que ce soit s'en émeuve et sans que les tribunaux s'en trouvent jamais saisis. La doctrine met également parfois en avant une jurisprudence ancienne qui, à plusieurs reprises, a retenu la responsabilité de l'administration en cas de retards abusifs de sa part à répondre à une demande d'autorisation de cession de contrat (CE 13 nov. 1908, *Wuillaume*, Lebon 914; CE 19 févr. 1932, *M. Mélon*). Le principe même d'une telle responsabilité en cas de retard serait incompatible avec un rejet implicite après quelques (deux ou quatre) mois. Il faut toutefois relever que les décisions concernées sont anciennes et ont été rendues à une époque où n'existaient pas un principe général du droit ou une disposition générale conférant valeur de rejet au silence de l'administration à l'issue d'un certain délai. Il nous semble que cette jurisprudence ne nous éclaire donc pas réellement sur l'éventuelle applicabilité, aujourd'hui, de la loi d'avril 2000.

Toutefois, en l'absence de prise de position claire de la juridiction administrative (et notamment du Conseil d'Etat), on ne peut totalement exclure que la loi du 12 avril 2000 ait

vocation à s'appliquer aux cessions de contrats. Cette loi n'a en effet pas clairement exclu les relations contractuelles de son champ d'application. C'est du reste la position défendue par certains auteurs, et non des moindres (MM. de Laubadère, Moderne et Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, n° 822 s.). Ici encore dans cette matière, il y a donc une incertitude qu'il ne nous est malheureusement pas possible (et qu'il ne nous appartient du reste pas) de lever.

Pour essayer de pousser le raisonnement jusqu'au bout, on peut toutefois se demander, au cas où la règle posée par la loi du 12 avril 2000 devrait effectivement être appliquée, s'il est au moins loisible d'y déroger dans les contrats en prévoyant, à l'inverse, que le silence de la personne publique vaudra acceptation de la cession du contrat. En d'autres termes, le principe légal selon lequel le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaudrait rejet d'une demande – par hypothèse ici applicable aux cessions de contrats – devrait-il s'analyser comme une règle impérative ou comme une simple disposition supplétive (à laquelle on pourrait déroger par convention)?

Comme on le sait, une règle n'est en principe d'ordre public (ou impérative) que lorsqu'elle en dispose expressément ou qu'elle a été dégagée comme telle par la jurisprudence. S'agissant de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000, on peut simplement dire que:

– d'un côté, en effet, la règle posée par cette disposition législative présente un caractère général dont les termes paraissent impératifs;

– d'un autre côté, en revanche, l'article 21 de la loi ne dispose pas expressément de son caractère d'ordre public; la jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à trancher ce point; et, s'agissant d'une loi qui a pour objet de protéger les administrés dans leurs rapports avec l'administration, on ne voit pas pourquoi une dérogation contractuellement consentie devrait être écartée au profit d'une règle moins favorable à l'interlocuteur de la personne publique. D'ailleurs, la règle précédemment en vigueur selon laquelle le silence gardé pendant quatre mois valait rejet d'une demande était elle-même exprimée (par le décret du 11 janv. 1965) dans des termes comparables à ceux employés par la loi de 2000. Or, tout praticien a pu constater les nombreuses dérogations à cette règle qui avaient cours notamment dans les contrats de concession (les modèles de contrat de concession établis et publiés par l'administration elle-même comportaient parfois des stipulations – en l'occurrence de délais – différentes).

On se rend ainsi compte, à supposer réglée par l'affirmative la question de l'application de la loi du 12 avril 2000, que la possibilité même d'y déroger d'un commun accord entre les parties est aussi source d'incertitudes.

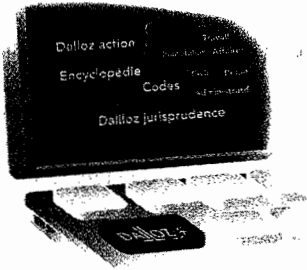
En amont, les parties auraient donc tout intérêt à régler minutieusement, dans leur contrat, le délai imparti pour répondre à la demande d'autorisation de cession, et à prévoir que le silence à l'issue de ce délai vaut acceptation de la cession. Leurs relations s'en trouveraient clarifiées et les réalités de la vie économique – dont la cession de contrat n'est qu'un événement tout à fait banal –, mieux prises en compte. C'est l'approche sans doute la moins mauvaise et la plus effi-

(2) Précisons ici que le Conseil d'Etat a jugé qu'«un régime de décision implicite d'acceptation ne peut être institué lorsque la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle s'y opposent» (CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, Lebon 144; AJDA 2003. 1935, note P. Subra de Bieusses; RFDA 2003. 903, note J. Soulié).

cace à ce jour: il faudrait que la loi du 12 avril 2000 soit non seulement applicable, mais encore d'ordre public, pour qu'un tel arrangement contractuel soit mis en échec. Or rien ne permet aujourd'hui de l'affirmer et ce point n'est en tout cas pas jugé. On pourrait, à défaut, conseiller d'obtenir rapidement une décision expresse du partenaire public. Mais, c'est là une lapalissade. Au final, le mieux serait tout de même que le législateur, l'administration ou le juge tranchent clairement ces questions, sans faire plus longtemps supporter le poids d'une situation obscure aux opérations économiques.

En définitive, on voit que le principe clair selon lequel la cession d'un contrat administratif doit être autorisée soulève en pratique bien des incertitudes lorsque la personne publique s'abstient de répondre à la demande de son cocontractant. L'article 21 de la loi du 12 avril 2000 selon lequel le silence gardé pendant deux mois vaut rejet est-il applicable? Si oui, peut-on y déroger dans le contrat? Comment concilier l'application de cette règle avec la jurisprudence selon laquelle le comportement de la personne publique peut valoir autorisation de la cession? ■

DALLOZ.fr



Découvrez gratuitement Dalloz.fr !


Sur Dalloz.fr vous avez accès à :

1. Dalloz documentation
 Les Codes, Revues, Encyclopédie et Dalloz Action sont répartis en **six bases matières** : droit civil, administratif, pénal, affaires, immobilier et droit du travail. Bénéficiez d'un fonds documentaire sans équivalent mis à jour en permanence.

2. Dalloz actualité
 Retrouvez **chaque jour l'actualité législative et jurisprudentielle** décryptée et commentée par des juristes spécialisés. Restez en prise directe avec l'actualité grâce à la **newsletter personnalisée et paramétrable** par matière et aux fils RSS.

3. Dalloz jurisprudence
Près de 600.000 décisions en texte intégral. Chaque décision citée ou commentée renvoie directement vers nos fonds éditoriaux. Vous bénéficiez ainsi de tout l'appareil critique relatif à la décision qui vous intéresse.

4. Dalloz échanges
 Le **Blog** vous invite au débat sur des questions de droit et de société pour partager vos expériences et échanger vos réflexions. Le **Club Dalloz** est le forum des utilisateurs de Dalloz.fr pour communiquer en toute transparence sur les évolutions techniques et éditoriales du site.



5 jours de test gratuit

Rendez-vous vite sur
www.jeveuxdecouvriridalloz.fr
 ou contactez-nous au **0820 800 017** (0,12 TTC/min).