

Partie I

Titre I

Chapitre I

Chapitre II

Section I

**Section II**

# Les contrats administratifs

---

*Nota bene :*

1. Ne pas s'attarder sur les rubriques intitulées « **Développements additionnels utiles mais exclus des révisions** ». Elles ne feront l'objet ni d'un cas pratique, ni d'un commentaire d'arrêt, encore moins d'une question d'épreuve orale. Nécessaires à la formation, elles sont toutefois exclues des révisions en vue des différents examens – pour des raisons d'opportunité. Elles sont faciles à reconnaître : présentées en caractères plus petits, elles débutent par le sous-titre « Développements additionnels, etc. » [DÉBUT] et se terminent par [/FIN] et trois astérisques (\*\*\*) .
2. Ne pas chercher à retenir par cœur les exemples et les citations de jurisprudence. Il s'agit de simples illustrations !

**Les contrats administratifs****Sommaire**

(Cliquez sur une ligne pour accéder directement à la page correspondante)

SECTION II : Les contrats administratifs .....	3
<b>I - L'identification des contrats administratifs .....</b>	<b>5</b>
<b>A - Les contrats administratifs par détermination de la loi.....</b>	<b>6</b>
<b>B - Les critères jurisprudentiels.....</b>	<b>8</b>
1 - La condition invariablement exigée (Présence ou représentation d'une personne publique) .....	9
a - La présence directe d'une personne publique à la conclusion du contrat.....	10
b - Le mandat donné par une personne publique.....	11
c - L'action pour le compte d'une personne publique .....	11
d - La personne privée transparente .....	12
2 - Les conditions supplémentaires .....	14
a - La présence de clauses exorbitantes du droit commun.....	15
b - La présence d'un régime exorbitant.....	17
c - La relation avec l'exécution d'un service public .....	17
<b>II - La conclusion des contrats administratifs.....</b>	<b>19</b>
<b>A - La typologie des contrats administratifs.....</b>	<b>19</b>
1 - La distinction contrat de délégation de service public - marché public .....	19
2 - La typologie des contrats de délégation de service public.....	21
2 - La typologie des marchés publics.....	22
<b>Schéma.....</b>	<b>21</b>
<b>B - Les modes de conclusion.....</b>	<b>22</b>
1 - La conclusion des marchés publics .....	23
a - Les principes .....	23
b - La procédure non formalisée ou procédure adaptée.....	25
c - Les procédures formalisées .....	25
i - L'appel d'offres .....	25
ii - Le marché négocié .....	26
iii - Le dialogue compétitif.....	26
v - Les procédures spécifiques.....	27
2 - La conclusion des contrats de délégation de service public .....	29
a - Les principes.....	29
b - La procédure.....	29
i - La publication d'un avis d'appel à la concurrence.....	30
ii - Le choix des candidats admis à présenter une offre.....	30
iii - L'information des candidats admis à présenter une offre.....	30
iv - L'analyse des offres.....	30
v - La négociation et le choix du délégataire .....	31
c - La durée des contrats de délégation de service public.....	32
<b>C - Le contentieux de la conclusion des contrats.....</b>	<b>32</b>
1 - Les recours ouverts aux concurrents évincés de la conclusion du contrat .....	32
a - Le référé précontractuel .....	33
b - Le référé contractuel.....	33
c - Le recours ouvert par l'arrêt « Société Tropic Travaux Signalisation » .....	34
d - Le recours contre les actes détachables du contrat .....	35

2 – Les recours ouverts au préfet .....	35
2 - Les recours ouverts aux autres tiers .....	36
<b>III - L'exécution des contrats administratifs.....</b>	<b>37</b>
<b>A - Les droits et obligations des parties.....</b>	<b>38</b>
1 - Les droits et obligations de l'administration.....	39
a - Les pouvoirs de contrôle et de direction .....	39
b - Le pouvoir de modification unilatérale.....	39
c - Le pouvoir de sanction.....	42
d - Le pouvoir de résilier le contrat dans l'intérêt du service .....	44
e - Les obligations de l'administration contractante.....	44
2 - Les droits et obligations du cocontractant de l'administration.....	44
a - Les droits .....	44
b - Les obligations .....	45
<b>B - L'influence des faits nouveaux .....</b>	<b>46</b>
1 - L'équation financière et le fait du prince .....	46
a - L'équation financière.....	47
b - Le fait du prince .....	48
2 - L'imprévision et les sujétions imprévues.....	49
a - La théorie de l'imprévision .....	49
b - La théorie des sujétions imprévues .....	51
3 - La force majeure .....	51
Conclusion.....	52
ANNEXES .....	i
Questionnaire didactique.....	vi
Schémas.....	ix

## SECTION II : Les contrats administratifs

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Questions initiales :

**1** - Quel rapport y a-t-il entre *contrats administratifs, actes administratifs unilatéraux, actes administratifs, actes de droit privé, actes juridiques, actes matériels* et *actes* ?

**2** - Quelles sont les questions majeures auxquelles répondra ce cours sur les contrats administratifs?

#### Réponses soutenues :

**1** – On peut dire, en usant d'une métaphore démographique, que toutes ces expressions désignent différentes branches d'un même arbre généalogique. L'ancêtre commun a pour nom *actes*.

Les **actes** se subdivisent

- en **actes juridiques**
- et en actes matériels.

L'une et l'autre catégorie d'actes peuvent émaner de personnes publiques ou de personnes privées.

A leur tour, les **actes juridiques**, qui seuls nous intéressent ici, se scindent en deux :

- d'une part, les **actes administratifs**,
- de l'autre, les actes de droit privé : par exemple, contrats de droit privé.

A une nuance près, l'une et l'autre catégorie d'actes peuvent émaner aussi bien de personnes publiques que de personnes privées.

Les actes administratifs, qui seuls retiendront notre attention, se subdivisent

- en actes administratifs unilatéraux (*déjà étudiés*)
- et en **contrats administratifs** (*qui seront étudiés ici*).

Les actes administratifs unilatéraux peuvent être pris aussi bien par des personnes publiques que par des personnes privées (dans les conditions que nous savons : cf. Section I)

Les contrats administratifs peuvent mettre en rapport

- soit des personnes publiques et des personnes privées,
- soit exclusivement des personnes publiques.

Mais en principe, ils ne mettent pas en rapport exclusivement des personnes privées.

**2** – *Quelles sont les questions majeures auxquelles répondra ce cours sur les contrats administratifs ?*

Chaque fois que l'on étudie une notion juridique, on a pour tâche principale et prioritaire de s'interroger sur sa définition et sur son régime juridique. Voici donc les questions majeures auxquelles répondra ce cours sur les contrats administratifs :

- qu'est-ce qu'un contrat administratif ? Autrement dit, à quoi reconnaît-on un contrat administratif?

(I)

- quels sont les différents types de contrats administratifs ? (II-A)
- quelles sont les règles qui régissent la conclusion des contrats administratifs ? (II-B)
- quels sont les recours qui permettent d'assurer le respect de ces règles ou d'en faire sanctionner le non-respect ? (II-C)

- quels sont les principes qui gouvernent l'exécution des contrats administratifs – droits et obligations des parties, influence des faits nouveaux ? (III)

↓ Développement ↓

M. Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat observe avec pertinence :

« L'ascension du contrat, comme mode de production de normes et comme procédé d'action publique, constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies. Le contrat est de fait omniprésent dans la vie publique et sociale.

De quelque côté que l'on se tourne, le procédé contractuel est donc à l'œuvre : ce sont les délégations de service public, les contrats de partenariat ou les baux emphytéotiques et les contrats de crédit-bail pour gérer le domaine ou les services publics ou pour financer, construire et exploiter des infrastructures ; ce sont les marchés publics pour acquérir des biens et des services ; ce sont les instruments de pilotage de l'action administrative avec les contrats de performance ou d'objectif et de moyens qui se sont développés au sein de l'État ou entre celui-ci et ses agences ou établissements sous tutelle ; ce sont les contrats entre l'État et les collectivités territoriales pour les politiques de la ville et de l'aménagement du territoire ; c'est la place éminente du contrat dans le champ social, en droit du travail mais aussi dans celui de la sécurité sociale, des hôpitaux, de la politique du médicament ou de l'action sociale, le contrat étant aussi au cœur des politiques de lutte contre l'exclusion. Le contrat a enfin conquis une place croissante en droit économique et il émerge en droit social. »<sup>1</sup>

A cet inventaire à la Prévert on peut ajouter l'éducation (contrats d'établissement, contrats d'association...) ou le sport (contrats d'objectifs...).

Il arrive même que les citoyens prennent l'initiative de la contractualisation de leurs rapports avec la puissance publique. Significative à cet égard est **l'offre de concours** : c'est un engagement par lequel un particulier décide spontanément de participer aux dépenses d'établissement, d'entretien ou d'exploitation d'un ouvrage public, et ce, par des moyens aussi variés que la remise d'une somme d'argent, l'apport gratuit d'un terrain, la réalisation de certains travaux et autres prestations, ou encore la livraison de certaines fournitures.

Le foisonnement contractuel recouvre des réalités sociales, administratives ou juridiques très différentes.

**Au royaume du droit administratif, contracter c'est souvent servir, et servir c'est parfois contracter.**

Toutefois, le commissaire du gouvernement Jacomet prévient : « **Lorsqu'elle conclut des contrats administratifs, l'administration ne se dépouille pas de ses attributs de puissance publique.** » (Conclusions sur C.E., 5 mars 1954, *Mlle Soullier*).

Ces propos éclairent, avec un peu d'anticipation, les particularismes du contrat administratif (Cf. infra III - *L'exécution des contrats administratifs*).

► **Les contrats de l'administration se répartissent entre deux grandes catégories :**

1. **les contrats administratifs**, qui relèvent du droit administratif et du juge administratif,
2. **les contrats de droit privé**, qui relèvent du droit privé et du juge judiciaire.

► Naturellement, **la question** *Devant quel juge doit-on porter un litige relatif à tel contrat ? appelle la question* *Quelle est la nature juridique de ce contrat ?*

Dans la vie réelle comme dans un cas pratique, on pose souvent la première question de préférence à la seconde.

Logiquement, si l'on vous pose celle-là, vous devrez vous poser celle-ci.

<sup>1</sup> Pour un développement maîtrisé du contrat in Études et documents du Conseil d'État, 2007, p.7

## I - L'identification des contrats administratifs

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Questions initiales :

- 1 – Combien y a-t-il de manières de vous interroger sur la nature juridique d'un contrat ?
- 2 – Au stade de l'identification, c'est-à-dire de la qualification, à combien de types de contrats administratifs peut-on avoir affaire ?

#### Réponses soutenues :

- 1 – D'une façon générale, *il est deux manières de vous interroger sur une chose* :
  - i - l'interrogation directe portant sur la chose elle-même (par exemple, y a-t-il du feu ?)
  - ii - et l'interrogation indirecte relative à une conséquence inséparable de la chose (par exemple, y a-t-il de la fumée ?)
 S'agissant d'un contrat, voici les deux types d'interrogation :
  - i - interrogation directe : quelle est la nature juridique du contrat ? (contrat administratif ou contrat de droit privé ?)
  - ii - interrogation indirecte : devant quel juge doit-on porter les litiges relatifs à ce contrat ? Ou encore, quel est le droit applicable à ce contrat ?

- 2 – *Au stade de l'identification, c'est-à-dire de la qualification, à combien de types de contrats administratifs peut-on avoir affaire ?*

Au stade de l'identification, c'est-à-dire de la qualification, on peut avoir affaire à deux types de contrats administratifs :

**i - les contrats administratifs par détermination de la loi** (C'est l'exception ; cela dit, il existe également des contrats de droit privé par détermination de la loi)

**ii - et les contrats administratifs par application des critères jurisprudentiels** (C'est le principe ; par ailleurs, il existe aussi des contrats qui sont toujours de droit privé par prédétermination de la jurisprudence).

Voici les deux principaux enseignements à tirer de l'existence de ces deux types de contrats :

**i** - d'un strict point de vue logique, il peut arriver qu'un contrat soit reconnu administratif (par détermination de la loi) même s'il ne satisfait pas aux critères jurisprudentiels posés pour les contrats administratifs. Inversement, il peut arriver qu'un contrat soit reconnu comme contrat de droit privé (en application de la loi ou de la jurisprudence) même s'il satisfait à ces critères jurisprudentiels requis pour la qualification de contrat administratif ;

**ii** - c'est pourquoi, lorsque l'on veut qualifier un contrat, on doit d'abord se demander s'il s'agit d'un contrat administratif par détermination de la loi ou d'un contrat de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence. Si la réponse est négative, on doit ensuite se demander s'il peut être qualifié de contrat administratif en application des critères jurisprudentiels.

↓ **Développement** ↓

► Une précision liminaire d'importance : « Sauf disposition législative contraire, **la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu** » – T.C., 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance*. Une précision à garder à l'esprit, car le contenu du contrat et l'identité des parties peuvent évoluer après la conclusion du contrat.

► **Le caractère administratif d'un contrat ne résulte**

1. ni de la qualification de contrat administratif donnée à ce contrat par les parties - **qualification directe** (Il ne suffit pas que les parties disent : « Notre contrat est un contrat administratif », pour que le contrat soit effectivement un contrat administratif),

2. ni de la décision prise par les parties de soumettre au juge administratif les litiges relatifs à ce contrat - **qualification indirecte**.

Les qualifications (directes ou indirectes) effectuées par les parties n'ont pas d'effets juridiques sur la nature du contrat.

► **Le caractère administratif d'un contrat est établi objectivement.** Il résulte

1. soit de la loi

2. soit des critères jurisprudentiels.

Si les parties souhaitent conclure un contrat administratif, elles doivent se conformer aux critères législatifs ou jurisprudentiels.

## A - Les contrats administratifs par détermination de la loi

C'est l'hypothèse la plus simple.

► En conséquence de dispositions législatives, certains contrats conclus par l'administration sont toujours considérés comme des contrats administratifs.

➤ Le législateur peut intervenir de **deux manières** :

1. soit il qualifie un contrat de contrat administratif - **qualification directe**, hypothèse rarement réalisée ;

2. soit il confie le contentieux d'un contrat aux juridictions administratives - **qualification indirecte**, hypothèse plus fréquente.

L'une et l'autre qualification (directe et indirecte) produisent des effets juridiques parce qu'elles émanent du législateur.

Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'un *contrat administratif par détermination de la loi*.

✓ **Exemples de qualification directe** :

1. **Les marchés (contrats) conclus en application du code des marchés publics.** La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF (**M**esures **U**rgentes de **R**éformes à **C**aractère **E**conomique et **F**inancier), dispose en son article 2 : « **Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.** »

Par cette disposition, le législateur a entendu

▪ d'une part, mettre un terme à la catégorie des "marchés publics de droit privé" (des contrats passés selon les dispositions du code des marchés publics mais considérés comme des contrats de droit privé par le Tribunal des conflits et par la Cour de cassation)

▪ et, d'autre part, unifier le contentieux des marchés publics au profit des juridictions administratives.

2. **Les contrats de partenariat.** Ils sont à la fois définis et qualifiés de contrats administratifs par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 : « **Le contrat de partenariat est un contrat administratif** par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de

toute participation au capital. ». La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat.

✓ **Exemples de qualification indirecte :**

**1. Les contrats de vente d'immeubles du domaine privé de l'État.** La loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) attribue leur contentieux aux juridictions administratives. Le but recherché est de rassurer les acquéreurs de biens confisqués pendant la Révolution. En effet, le juge administratif, contrairement au juge judiciaire, est présumé peu favorable aux anciens propriétaires. Cette loi est d'interprétation stricte: il s'agit de la vente et non de l'achat ou de l'échange.

**2. Les marchés de travaux publics.** Certains auteurs les considèrent comme des contrats administratifs par leur objet. Il n'en demeure pas moins vrai que c'est la loi qui confie leur contentieux aux juridictions administratives - loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) ; cf. aussi loi du 11 décembre 2001.

▪ C'est ce que précise le Tribunal des conflits tout en rappelant la **définition des travaux publics** :

« Considérant que le contrat passé par la COMMUNE DE VILLENEUVE D'ASCQ avec la société Demars avait pour objet l'entretien et la réparation des installations de chauffage de groupes scolaires appartenant à la commune, en vue notamment de prévenir les risques d'incendie ; qu'un tel contrat qui emportait **la réalisation de travaux sur des immeubles, pour le compte d'une personne publique et dans un intérêt général**, a le caractère d'un marché de travaux publics ; que, dès lors, en vertu de l'article 4 de la **loi du 28 pluviôse an VIII**, les litiges auxquels il peut donner lieu relèvent de la juridiction de l'ordre administratif ; [...]» - T.C., 7 juin 1999, *COMMUNE DE VILLENEUVE D'ASCQ*

Malgré la loi *MURCEF* précitée du 11 décembre 2001, la loi du 28 pluviôse an VIII conserve toute son actualité, notamment pour les contrats qui sont les accessoires de marchés de travaux publics.

**3. Les contrats comportant occupation du domaine public** - décret du 17 juin 1938 pris sur le fondement de la loi du 13 avril 1938 (repris à l'article L 84 du code du domaine de l'Etat) – T.C., 12 décembre 2005, *ASSOCIATION SPORTIVE DE KARTING SEMUROIS*.

► **A l'inverse, il existe des contrats qui sont toujours considérés comme des contrats de droit privé, soit en application de la loi, soit en application de la jurisprudence.**

**1.** C'est ainsi que **le législateur** a attribué le contentieux de certains contrats aux juridictions judiciaires – qualification indirecte.

▪ Ce sont des *contrats de droit privé par détermination de la loi*.

✓ **Exemples :**

- *Les contrats d'affermage des taxes communales* - loi du 17 mai 1809,
- *Les contrats relatifs à l'ordinaire des corps de troupes* - loi du 22 avril 1905.

**2.** De son côté, **le juge** estime que certains contrats sont nécessairement des contrats de droit privé.

✓ **Exemple :** les contrats conclus entre les services publics à caractère industriel et commercial et leurs usagers en vue de fournir à ces derniers des prestations de service. Ces contrats ne sont jamais des contrats administratifs même s'ils satisfont aux critères jurisprudentiels permettant de qualifier un contrat de contrat administratif.

► **En dehors de ces cas de prédétermination, il convient d'appliquer les critères dégagés par la jurisprudence aux fins de la qualification de contrat administratif.**

(Voir dans le lexique, la notion d'exception : *exceptio firmit regulam...*)

## B - Les critères jurisprudentiels

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Questions initiales :

**1** – Nous nous sommes assuré que notre contrat n'était ni un contrat administratif par détermination de la loi ni un contrat de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence. Que devons-nous faire à présent ?

**2** – Quels sont les critères jurisprudentiels auxquels un contrat doit satisfaire pour pouvoir être qualifié de contrat administratif ?

#### Réponses soutenues :

**1** – Ayant établi que notre contrat n'était ni un contrat administratif par détermination de la loi, ni un contrat de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence, nous devons à présent nous demander s'il peut être qualifié de contrat administratif en application des critères jurisprudentiels.

**2** – Quels sont les critères jurisprudentiels auxquels un contrat doit satisfaire pour pouvoir être qualifié de contrat administratif ?

Pour pouvoir être qualifié de contrat administratif selon la jurisprudence, un contrat doit satisfaire

**i** - nécessairement **au critère organique** : il faut qu'au moins une personne publique soit partie à ce contrat (participation directe ou indirecte d'une personne publique)

**ii** - **et, au moins, à l'un des critères matériels** (complémentaires) suivants : clause exorbitante, régime exorbitant ou relation avec l'exécution d'un service public.

↓ Développement ↓

## ***1 - La condition invariablement exigée (Présence ou représentation d'une personne publique)***

### **Résumé et intérêt de cette partie du cours**

#### **Questions initiales :**

- 1 – Dans quels cas considère-t-on qu'une personne publique est effectivement partie au contrat ?
- 2 – Quels principes faut-il garder à l'esprit lorsque l'on considère le critère organique?

#### **Réponses soutenues :**

1 – On considère qu'une personne publique est effectivement partie au contrat dans l'un quelconque des trois cas suivants :

- i - ou bien une personne publique a conclu *directement* le contrat,
- ii - ou bien une personne publique a donné *mandat* à une personne privée pour qu'elle conclue le contrat au nom de cette personne publique,
- iii - ou encore, bien que la personne publique n'ait mandaté ni explicitement ni implicitement la personne privée, le juge considère que la personne privée a agi pour le compte de la personne publique. Ce qu'on appelle *l'action pour le compte de...* n'est donc ni un mandat explicite ni un mandat implicite ; c'est du reste une possibilité limitée à certains domaines.

2 – Quels principes faut-il garder à l'esprit lorsque l'on considère le critère organique ?

Lorsque l'on considère le critère organique, il faut garder à l'esprit les principes suivants :

- i - un contrat ne peut être administratif, en application des critères jurisprudentiels, si aucune personne publique n'y est partie. Bien sûr, on sait que ce principe ne vaut pas, en théorie, pour les contrats administratifs par détermination de la loi ;
- ii - un contrat intervenu entre deux personnes publiques n'est pas nécessairement administratif ; il est juste présumé administratif ; il peut être administratif comme il peut ne pas l'être ;
- iii - a fortiori, un contrat mettant en relation une personne publique et une personne privée n'est pas nécessairement administratif. Il peut être administratif comme il peut ne pas l'être.

#### **↓ Développement ↓**

► Un contrat ne peut être un contrat administratif que si au moins une personne publique y est partie directement ou indirectement - État, collectivité territoriale (commune, département, région...), établissement public, etc.

Du reste, selon la jurisprudence, « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif, sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne ferait naître entre les parties que des rapports de droit privé » - T.C., 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris* - Leb. p. 537, AJ-DA 1983, p. 356, concl. Daniel Labetoulle et, moins ancien, T.C., 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp*.

➤ Ainsi donc, un contrat conclu entre deux personnes publiques est présumé administratif ; grande est la probabilité qu'il s'agisse d'un contrat administratif. Mais c'est une présomption simple. Le contrat n'est effectivement administratif que s'il satisfait aux autres critères jurisprudentiels.

✓ **Exemples :**

- T.C., 7 octobre 1991, *CROUS de l'académie de Nancy-Metz* : contrat conclu entre deux personnes publiques et jugé administratif - service public oblige ;

- C.E., 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson* : contrat conclu entre deux personnes publiques et considéré comme un contrat de droit privé.

➤ **Un contrat conclu entre deux personnes publiques peut donc être soit un contrat administratif, soit un contrat de droit privé.**

- A quoi sert-il alors d'affirmer que les contrats conclus entre deux personnes publiques sont présumés administratifs, étant donné que, dans les faits, on les traite comme les autres contrats ?

- Seule la Cour de cassation semble avoir tiré les conséquences logiques de la présomption:

« Attendu que pour rejeter cette exception, la cour d'appel a relevé que les contrats de prêts n'avaient pas pour objet l'exécution même d'un service public et ne comportaient pas de clauses exorbitantes du droit commun ;

Attendu qu'en déniant ainsi un caractère administratif aux contrats passés par deux personnes publiques sans caractériser en quoi ces contrats avaient, eu égard à leur objet, fait naître entre les parties des rapports de droit privé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 mars 1999, *Chambre de commerce et d'industrie de Valence c/ Crédit local de France*).

- La position, logique, de la Cour de cassation, qui découle de l'arrêt précité, est donc la suivante : pour pouvoir affirmer qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques ne revêt pas un caractère administratif,

- i. il ne suffit pas de démontrer que ce contrat ne remplit pas les autres critères jurisprudentiels nécessaires à la qualification de contrat administratif,

- ii. il faut, de surcroît, démontrer que ce contrat, égard à son objet, ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé.

- Cette position la Cour de cassation – qui ne semble malheureusement pas être celle du Conseil d'Etat – donne tout son sens à la présomption selon laquelle un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt un caractère administratif.

➤ Ainsi donc, un contrat conclu entre deux personnes publiques est présumé administratif, au sens indiqué ci-dessus.

➤ **A l'inverse, un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut être un contrat administratif même si l'une de ces personnes gère un service public** - C.E., 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire*.

➤ Pourtant, il arrive que le juge administratif qualifie de contrat administratif un contrat intervenu entre deux personnes privées.

Comment expliquer une telle contradiction ?

En réalité, il n'y a pas de contradiction.

➤ Ce qui est exigé, c'est qu'une personne publique soit partie au contrat.

Mais cette condition peut être remplie de **trois manières**.

**a - La présence directe d'une personne publique à la conclusion du contrat**

▶ Une personne publique (Etat, commune, département, région, etc.) conclut directement un contrat avec une personne privée ou avec une autre personne publique.

Mais, parfois, au lieu participer directement à la conclusion du contrat, la personne publique peut se faire représenter par une personne privée. Cette représentation revêt la forme du *mandat* ou de *l'action pour le compte de...* (Voir b et c ci-dessous)

### ***b - Le mandat donné par une personne publique***

La personne publique ne conclut pas directement le contrat.

► Elle mandate à cet effet une personne privée. Selon l'article 1984 du code civil, « **le mandat** ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. »

La personne publique - le mandant - donne mandat à une personne privée - le mandataire - pour conclure un contrat au nom et pour le compte de la personne publique.

✓ **Exemple** : A et B sont des personnes privées. A et B concluent un contrat. Normalement, ce contrat est un contrat de droit privé, car il est intervenu entre deux personnes privées. Mais il peut avoir un caractère administratif

1. si A ou B a agi comme mandataire d'une personne publique,
2. et si le contrat satisfait aux autres critères jurisprudentiels.

En apparence, un tel contrat intervient entre deux personnes privées ; en réalité, il met en relation une personne publique et une personne privée. Une personne publique est bien partie à ce contrat. Donc, il n'y a pas atteinte au principe selon lequel un contrat ne peut être administratif si une personne publique n'y est pas partie - Cf. C.E., 30 janvier 1931, *Société Brossette* ; C.E. 2 juin 1961, *Leduc*.

### ***c - L'action pour le compte d'une personne publique***

► Cette formule étrange illustre une situation qui rappelle le mandat mais qui en diffère.

Bien sûr, lorsque l'on est le mandataire d'une personne on agit pour le compte de cette personne.

➤ Mais, dans l'hypothèse analysée ici, le juge admet que l'on puisse agir pour le compte d'une personne sans être son mandataire, ni explicitement ni implicitement.

✓ **Exemple** : A et B sont des personnes privées. A et B concluent un contrat. Ni A ni B ne sont mandataires d'une personne publique. Normalement ce contrat n'est pas un contrat administratif, mais un contrat de droit privé. Pourtant, le juge considère

1. que l'une des parties a agi pour le compte d'une personne publique,
  2. et que le contrat satisfait aux autres critères jurisprudentiels.
- En conséquence, il qualifie le contrat de contrat administratif.

► Quelle est donc concrètement cette hypothèse où une personne privée, même en l'absence de mandat, est réputée agir pour le compte d'une personne publique ?

➤ Autrement dit, que signifie l'expression *l'action pour le compte de...* ?

► **Réponse et arrêt de principe : T.C., 8 juillet 1963, *Entreprise Peyrot contre Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur*.**

✓ *Faits et solution de l'espèce* :

La loi du 18 avril 1955 pose deux principes :

1. en principe, c'est l'État qui construit et exploite les autoroutes,
2. en principe, l'usage des autoroutes est gratuit.

Mais l'article 4 de la loi précitée permet de déroger à ces deux principes :

1. à titre exceptionnel, la construction et l'exploitation d'une autoroute peuvent être concédées, confiées à une société d'économie mixte. Une société d'économie mixte est une société à capitaux publics et privés ; il s'agit d'une personne morale de droit privé ;

2. dans ce cas, l'usage de l'autoroute n'est pas gratuit. Le concessionnaire est autorisé à percevoir des péages pour assurer l'intérêt et l'amortissement des capitaux investis par lui.

● En l'espèce, la Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur - société d'économie mixte, donc personne privée - a conclu avec l'État - personne publique, naturellement - un contrat de concession - *contrat A*. En vertu de ce premier contrat, elle construit et exploite l'autoroute du Soleil. Il s'agit de concession de travaux publics, donc le *contrat A* est un contrat administratif - Cf. loi du 28 pluviôse an VIII.

• Ultérieurement, la Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur (personne privée, rappelons-le) passe un deuxième contrat - *Contrat B* - avec l'entreprise Peyrot, qui est également une personne privée. Ce *contrat B* associe l'entreprise Peyrot à la construction de l'autoroute.

• Un litige éclate entre les deux entreprises de droit privé au sujet de l'exécution du *contrat B*. Devant quelle juridiction ce litige doit-il être porté ? Quelle est la nature de ce *contrat B* : contrat administratif ou contrat de droit privé ?

• Le Tribunal des conflits se trouve saisi de la question.

➤ *Réponse* du Tribunal des conflits : « La construction de routes nationales ou d'autoroutes a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État ; les contrats passés en vue de cette construction sont soumis aux règles du droit public ».

➤ Explication de la réponse du Tribunal des conflits :

○ La Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur est liée à l'État par le *contrat A*. Ce *contrat A* la charge de construire une autoroute pour le compte de l'État.

○ Le *contrat B* a été également passé en vue de la construction de l'autoroute ; de ce fait, il profite à l'État.

○ Par conséquent, en signant le *contrat B* avec l'entreprise Peyrot, la Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur a, *implicitement, agi pour le compte de l'État*.

► Ainsi, même en l'absence de mandat, une personne privée peut être réputée agir pour le compte d'une personne publique - Cf. aussi TA Lyon 1<sup>er</sup> octobre 1996, *M. Loidant*. **Cette solution a été d'abord limitée aux contrats conclus pour la construction d'autoroutes ; puis, elle a été étendue, notamment,**

1. à des contrats conclus pour l'aménagement du territoire : C.E., Sect., 30 mai 1975, *Société d'Équipement de la région montpelliéraine* ;

2. à des contrats relatifs aux centrales nucléaires : T.C., 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa* (Ont été jugés administratifs les contrats passés par la Société Nersa, personne privée, en vue de la construction de la centrale nucléaire de Creys-Malville ; la société Nersa a agi pour le compte d'EDF, personne publique) ;

3. à certains contrats conclus par le Crédit foncier de France - C.E., Sect., 18 juin 1976, *Dame Culard*.

➤ **Malgré tout, le champ d'application de la formule "action pour le compte de..." reste limité.**

#### *d – La personne privée transparente*

► Ce cas de figure a été reconnu par l'arrêt CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt c. Société Mayday Sécurité* (req. n° 281796) dans les termes suivants :

« Considérant que lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ; »

➤ **Différence avec le mandat et l'action pour le compte de** : ici, la personne privée n'est pas vraiment autonome vis-à-vis de la personne publique ; elle lui sert de faux-nez. C'est la personne publique

• qui a créé cette personne privée (par exemple, association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901),

• qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement

• et qui lui procure l'essentiel de ses ressources.

On peut en fait assimiler la personne privée à l'un des services de la personne publique.

- **La personne privée est transparente** ; en l'observant, on voit à travers elle la personne publique.
- Il est donc logique de considérer, comme l'a fait le Conseil d'Etat,
  - que les contrats que signe la personne privée sont en réalité des contrats conclus par la personne publique,
  - que ces contrats remplissent ainsi le critère organique (présence d'une personne publique)
  - et que ces contrats sont des contrats administratifs s'ils remplissent de surcroît l'un des trois critères matériels supplémentaires nécessairement à la qualification de contrat administratif.
- ▶ Au total, pour qu'un contrat revête un caractère administratif, il faut qu'une personne publique y soit partie.
  - Elle doit y être présente directement ou indirectement - représentée.
  - La représentation prend la forme
    - du mandat
    - de *l'action pour le compte de ...*
    - ou de l'action par le biais d'une personne privée transparente.
- **La présence d'une personne publique est une condition *sine qua non*, une condition invariablement exigée.**
- **Cette condition est nécessaire mais non suffisante.**

## 2 - Les conditions supplémentaires

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Question initiale :

Les trois propositions suivantes sont-elles exactes ?

- a. seul un contrat auquel est partie une personne publique peut être administratif en application des critères jurisprudentiels,
- b. un contrat auquel est effectivement partie une personne publique est nécessairement administratif en application des critères jurisprudentiels,
- c. un contrat auquel est effectivement partie une personne publique et qui, de surcroît, satisfait à au moins une des conditions supplémentaires posées par la jurisprudence est nécessairement administratif en application des critères jurisprudentiels.

#### Réponse soutenue :

La première proposition (a) est exacte, la deuxième (b) et la troisième (c) sont erronées. Il est vrai qu'un contrat ne peut être administratif, en application des critères jurisprudentiels, que si au moins une personne publique y est partie. La participation d'une personne publique est donc une condition nécessaire, une condition *sine qua non*. Mais cette condition n'est pas suffisante. Pour être administratif, le contrat auquel est partie une personne publique doit satisfaire à l'une des conditions supplémentaires posées par la jurisprudence.

En principe donc, un contrat auquel est effectivement partie une personne publique et qui de surcroît satisfait à au moins une des conditions supplémentaires posées par la jurisprudence est un contrat administratif.

Mais il ne s'agit là que d'un principe. N'oublions pas que certains contrats sont des contrats de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence. De tels contrats sont toujours des contrats de droit privé même s'ils remplissent tous les critères jurisprudentiels requis pour la qualification de contrat administratif.

**On doit donc dire :** sauf exceptions, un contrat auquel est effectivement partie une personne publique et qui, de surcroît, satisfait à au moins une des conditions supplémentaires posées par la jurisprudence est un contrat administratif.

#### ↓ Développement ↓

► Selon la jurisprudence, seul un contrat auquel est partie, directement ou indirectement, une personne publique est susceptible d'être un contrat administratif.

➤ Mais il ne l'est effectivement que s'il satisfait, en plus, à l'une des conditions suivantes :

1. le contrat renferme une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun,
2. le contrat a été conclu sous un régime exorbitant,
3. le contrat est en relation avec l'exécution d'un service public.

**L'un quelconque de ces trois critères doit s'ajouter au critère de la présence directe ou indirecte d'une personne publique pour que le contrat soit administratif.**

Bien entendu, si, par extraordinaire, un contrat remplissait simultanément *tous ces critères*, il serait également tenu pour administratif.

#### **a - La présence de clauses exorbitantes du droit commun**

► **Arrêt de principe** : C.E., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (Rec. p.909, conclusions Léon Blum<sup>1</sup>).

► En principe, la présence d'une ou de plusieurs clauses exorbitantes du droit commun donne un caractère administratif à tout contrat auquel est partie une personne publique.

✓ Exceptions : les contrats conclus entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers en vue de fournir à ces derniers des prestations de services. Ces contrats ne sont jamais des contrats administratifs même s'ils renferment des clauses exorbitantes. En conséquence, ce sont toujours des contrats de droit privé : C.E., Sect., 13 octobre 1961, *Établissements Compagnon-Rey* ; T.C. 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*.

✓ *Une autre exception a, quant à elle, été abandonnée* : elle concernait les contrats conclus pour la gestion du domaine privé. Naguère, ces contrats étaient considérés comme étant toujours des contrats de droit privé. Actuellement, on présume seulement que ce sont des contrats de droit privé – T.C., 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp* ; il s'agit d'une présomption simple : ils peuvent donc être soit des contrats administratifs soit des contrats de droit privé, selon qu'ils remplissent ou non les critères jurisprudentiels requis pour la qualification de contrat administratif.

#### ► **A quoi reconnaît-on une clause exorbitante ?**

*Clause* = disposition d'un contrat ;

*Exorbitante* = *ex orbita*, hors de la voie tracée, hors du droit commun, différente d'une clause de droit privé. Il y a deux manières d'entendre la différence :

1. la clause exorbitante, clause introuvable dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale

2. et la clause exorbitante, clause exceptionnelle en droit privé parce que fort inégalitaire.

#### **Analysons successivement ces deux cas de figure.**

1. *La clause exorbitante, clause introuvable dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale.*

✓ Définition correspondant à ce cas de figure : C'est « la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » - C.E., Sect. 20 octobre 1950, *Stein* - Rec. p. 505.

Elle est caractéristique de l'usage, par l'administration, d'une prérogative de puissance publique.

✓ Exemples :

• **la faculté de prononcer la résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles** (T.C., 5 juillet 1999, *U.G.A.P.* : « Considérant toutefois qu'un marché passé par l'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS à la demande d'une personne publique, peut néanmoins avoir le caractère d'un contrat administratif, soit qu'il fasse participer le cocontractant à l'exécution du service public, soit qu'à défaut, il comporte une clause exorbitante du droit commun ; qu'il en va ainsi au cas où le marché se réfère à un cahier des charges qui lui-même com-

<sup>1</sup> Selon le commissaire du gouvernement Léon Blum, « quand il s'agit de contrat, il faut rechercher non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, [...] il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif ».

prend une clause exorbitante du droit commun ; que *constitue notamment une telle clause le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles* ; [...]

- le pouvoir de suspendre d'office l'exécution du contrat, sans mise en demeure préalable ;
- l'octroi d'exonérations fiscales au cocontractant ;
- la mise à la charge du cocontractant de certaines dépenses de police ;
- la possibilité de procéder au recouvrement des créances par état exécutoire;
- la clause conférant au cocontractant de l'administration le droit de percevoir des taxes.

## 2. la clause exorbitante, clause exceptionnelle en droit privé parce que fort inégalitaire :

### ✓ Exemples :

- la clause permettant à l'administration de contrôler les résultats financiers, les tarifs ou le personnel de son cocontractant,
- plus généralement, toute clause habilitant la personne publique à contrôler l'activité ou la situation de son cocontractant.

➤ Ces deux manières (1 et 2) d'entendre la différence avec le droit privé ne permettent pas d'échapper à l'objection du doyen Vedel : « Comment le juge administratif qui ne connaît jamais des contrats entre particuliers peut-il discerner ce qui est usuel et ce qui est inusuel? »<sup>1</sup>.

➤ L'objection s'affaiblit si l'on se sait qu'il incombe souvent au Tribunal des conflits d'identifier les clauses exorbitantes ; or le Tribunal des conflits est composé à la fois de membres du Conseil d'Etat et de membres de la Cour de cassation, donc de juges administratifs et de juges judiciaires. Il serait étonnant qu'ils n'apprennent pas les uns des autres...

### ► **Le simple renvoi à un cahier des charges confère-t-il un caractère administratif à un contrat?**

Le cahier des charges est un document générique établi avant le contrat par l'administration contractante ou par une autre personne publique. Raison d'être : il détermine à l'avance les modalités d'exécution de toute une série de contrats. Selon le code des marchés publics, les cahiers des charges comprennent des documents généraux et des documents particuliers :

- a. *Documents généraux* :
  - i. Le cahier des clauses administratives générales : il fixe les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de contrats, de marchés.
  - ii. Le cahier des clauses techniques générales : il fixe les dispositions techniques applicables à toute une catégorie de contrats, de marchés.
- b. *Documents particuliers* :
  - i. Le cahier des clauses administratives particulières : dispositions administratives propres à chaque marché.
  - ii. Le cahier des clauses techniques particulières : dispositions techniques propres à chaque marché.

**Exemple de renvoi** : L'administration signe un contrat. Elle y insère une clause qui renvoie au cahier des charges pour tout ce que le contrat ne règle pas expressément. Dans ce cas, le cahier des charges a une nature contractuelle par appropriation. Si le cahier des charges contient des clauses exorbitantes, le contrat sera administratif, sinon il relèvera du droit privé, sauf s'il satisfait par lui-même aux critères des contrats administratifs.

**Illustration** : T.C., 5 juillet 1999, *U.G.A.P* : « Considérant que le marché passé par l'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS, le 3 juillet 1997, avec la société SNC ACTIV CSA, en vue de la fourniture d'ordinateurs aux hospices civils de Colmar, établissement public communal, **comporte un renvoi au cahier des clauses administratives générales** applicable aux marchés publics de fournitures courantes et services, lequel confère à la personne publique contractante un **pouvoir de résiliation y compris en l'absence**

<sup>1</sup> Remarques sur la notion de clause exorbitante, *Mélanges offerts à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 539.

*de tout manquement du titulaire du marché à ses obligations contractuelles* ; que cette stipulation donne à elle seule à la convention un caractère administratif ; qu'il n'appartient, dès lors, qu'à la juridiction administrative de statuer sur les litiges nés de son exécution ; [...]

### **b - La présence d'un régime exorbitant**

► **Le régime exorbitant diffère de la clause exorbitante sur un point : la clause exorbitante est un élément, une disposition, une clause du contrat. A l'inverse, le régime exorbitant est constitué d'éléments extérieurs au contrat. C'est l'ambiance juridique dans laquelle baigne le contrat. Si cette ambiance tranche sur le droit commun, le droit privé, on est en présence d'un contrat administratif.**

► C.E. Sect., 19 janvier 1973, *Société d'Exploitation Électrique de la rivière du Sant*.

L'espèce concerne des contrats conclus entre EDF et des producteurs autonomes - non nationalisés - d'électricité.

Objet de ces contrats : achat de la production d'électricité par EDF.

Ambiance, régime juridique : obligation pour les producteurs de contracter, obligation de saisir d'abord le ministre en cas de litige. Ces obligations exorbitantes ne sont pas contenues dans le contrat ; elles résultent de textes extérieurs au contrat. Ambiance juridique exorbitante = contrats administratifs.

Il faut tout de même noter que ce critère n'a pas connu le développement escompté par la doctrine. Il n'a trouvé application que dans le cas particulier des marchés conclus entre EDF et les producteurs privés.

► **Illustration plus récente de cette solution dans la jurisprudence de la Cour de cassation**, qui veille notamment à ce que les juridictions judiciaires ne statuent pas sur des litiges relatifs à des contrats administratifs :

« Mais attendu que la cour d'appel a jugé à bon droit que, compte tenu tant du caractère obligatoire de la conclusion des contrats passés par EDF en application de l'article 1er du décret du 20 mai 1955 dont se prévalaient les producteurs que de la compétence donnée par les dispositions de l'article 27 du cahier des charges du 27 novembre 1958 à une autorité administrative, en l'occurrence le ministre chargé de l'électricité, pour statuer sur certains désaccords auxquels ils pouvaient donner lieu, **ces contrats étaient soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentaient le caractère de contrats administratifs** ; qu'elle en a déduit sans contradiction que le refus de conclure de tels contrats relevait de la même compétence juridictionnelle que leur conclusion ou leur exécution ; » - Civ. 1<sup>er</sup>, 29 septembre 2004, n° 02-18335.

### **c - La relation avec l'exécution d'un service public**

Dans ce cas, selon une célèbre formule jurisprudentielle, le contrat fait participer directement (ou associe le cocontractant) à l'exécution (même) du service public.

► En pratique, cette relation peut prendre l'une des trois formes suivantes :

1. **Le contrat d'habilitation à gérer un service public ou d'association à l'exécution même du service public** : est administratif un contrat qui a pour objet soit de confier au cocontractant de la personne publique la gestion d'un service public, soit de l'y associer directement - C.E., Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin* (Leb. p. 167) ; en l'espèce, contrat verbal relatif à la nourriture de réfugiés sur le point d'être rapatriés, contrat d'habilitation à gérer un service public. **Le service public confié au cocontractant peut être administratif ou industriel et commercial.**
2. **Le contrat de recrutement d'une personne dans un service public administratif géré par une personne publique.** Deux étapes dans l'évolution jurisprudentielle :
  - i. Première étape : C.E., Sect., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*. Ces deux arrêts exigent une *participation directe* à l'exécution d'un service public administratif ou encore une *participation à l'exécution même* d'un service public administratif. La personne publique conclut un contrat avec un particulier. Objet : l'emploi du particulier dans un service public

administratif. Participation directe : le particulier y exerce les fonctions qui relèvent de la spécialité du service.

**Exemple** : au sein de l'université, les attachés temporaires d'enseignement et de recherches - chargés de travaux dirigés.

- ii. **Deuxième étape** : T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon* - ou arrêt *Berkani*. Tout contrat de recrutement en vertu duquel une personne travaille pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique est un contrat administratif -, sans condition supplémentaire. L'agent signataire d'un tel contrat a nécessairement la qualité d'agent public. C'est le principe inverse qui est retenu lorsqu'il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial.

3. **Le contrat conclu avec l'utilisateur d'un service public administratif** - mais non d'un service public industriel et commercial - : C.E., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*. Par exemple (a contrario), la SNCF gère un service public industriel et commercial. En achetant un billet, un voyageur contracte avec la SNCF. Ce contrat relève du droit privé.

## RÉSUMÉ du I (L'identification des contrats administratifs) :

La qualification de contrat administratif découle

- ✓ soit de la loi,
- ✓ soit de l'application des critères définis par la jurisprudence.

1. **La loi** (Cf. I – A) : elle a confié, directement ou indirectement, le contentieux de certains contrats aux juridictions administratives.
2. **Les critères définis par la jurisprudence** (Cf. I – B) : A moins que la loi n'en dispose autrement, un contrat ne peut être considéré comme administratif que si au moins une personne publique y est partie directement ou indirectement. Cette condition, qui est toujours exigée par la jurisprudence, ne suffit pas. Pour être administratif, le contrat auquel est partie une personne publique doit satisfaire, en plus à l'un des autres critères jurisprudentiels:
  - i. le contrat contient une ou plusieurs clauses exorbitantes
  - ii. le contrat a été conclu sous un régime exorbitant
  - iii. le contrat est en relation avec l'exécution d'un service public

Toutefois, certains contrats ne sont jamais considérés comme des contrats administratifs même s'ils satisfont à tous les critères définis par la jurisprudence. *Exemple* : le contrat conclu entre un service public industriel et commercial et l'un de ses usagers en vue de fournir à ce dernier des prestations de service.

## II - La conclusion des contrats administratifs

### A - La typologie des contrats administratifs

Tous les contrats administratifs ne sont pas des marchés publics ou des contrats de délégation de service public.

Néanmoins, les marchés publics et les contrats de délégation de service public sont les contrats administratifs les plus courants et les plus importants.

Il est donc opportun de leur accorder une attention particulière - Cf. schéma en fin de cours.

#### *1 – La distinction contrat de délégation de service public – marché public*

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (article 3) définit ainsi la **délégation de service public** :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Cette définition reprend, pour l'essentiel, les critères retenus par le Conseil d'Etat dans l'arrêt C.E., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* (Rec. p.137).

Voir *Cours sur le Service public*.

Quant aux **marchés publics**, ils sont définis à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics :

« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »

L'article 2 du code des marchés publics précise :

« Les **pouvoirs adjudicateurs** soumis au présent code sont :

- 1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;
- 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. »

Par commodité de langage, nous emploierons indifféremment dans ce cours les expressions *pouvoir adjudicateur*, *administration contractante*, *acheteur public* ou, si le contexte le permet, *personne publique*.

De la définition donnée du marché public par l'article 1<sup>er</sup> du code, on peut tirer les caractéristiques essentielles du marché public :

1. **Un marché public est un contrat.** Un marché public est un contrat consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale.
2. **Un marché public est conclu à titre onéreux.** Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur public (expressions synonymes : *pouvoir adjudicateur*, *personne publique*, *administration contractante*). Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent par la personne publique au profit de laquelle le marché est exécuté.
3. **Un marché public peut être passé avec des personnes publiques ou privées.** Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes dotées chacune de la personnal-

té juridique (Personne publique et personne privée ou personne publique et personne publique).

4. **Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.** L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

#### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT]

Un marché public se distingue des contrats suivants :

- **le contrat de délégation de service public** : distinction développée plus loin ;
- **la subvention** : celle-ci désigne la contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. On aura donc affaire à une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition ;
- **le contrat de partenariat** : il est régi par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. De par sa durée, ses modalités de rémunération et les conditions de son exploitation, le contrat de partenariat n'est pas un marché public au sens du code des marchés publics.

Ce contrat se définit comme un contrat administratif par lequel un pouvoir adjudicateur « confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. ».

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat, qui n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Aux termes du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

[/FIN]

\*\*\*

Tout comme un contrat de délégation de service public, un marché public **peut** avoir pour objet de confier au cocontractant la gestion d'un service public (administratif ou industriel et commercial).

La question de savoir si l'on a affaire à un contrat de délégation de service public ou à un marché public ne se pose que si le contrat a trait à un service public.

#### ***Début de Rappel :***

Comme nous l'avons déjà indiqué (voir *Cours sur le Service public*), le **critère de la distinction contrat de délégation de service public – marché public** réside en fait dans la réponse à la question suivante : est-ce que la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service public ?

Si oui, on a affaire à un contrat de délégation de service public ; sinon il s'agit d'un marché de service public - C.E., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* (Rec. p.137).

Précisions données par le commissaire du gouvernement Catherine Bergeal dans ses conclusions sur C.E., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères CENTRE OUEST SEINE-ET-MARNAIS* (C.J.E.G. n° 558, pp. 344-356) :

**1 - les résultats de l'exploitation du service public** s'entendent des résultats financiers des produits engendrés par la gestion du service ; « ceci n'exclut pas que puissent être prises en compte des sources de revenus liés à l'exploitation, autres que ceux directement perçus sur l'utilisateur, par exemple des recettes publicitaires » ; en clair, il ne faut pas uniquement avoir à l'esprit les redevances perçues sur les usagers du service public ;

**2 - rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service public** : « Ces recettes d'exploitation ne doivent pas nécessairement être majoritaires, mais elles ne peuvent être insignifiantes. Il serait vain de fixer un pourcentage précis. Ce qui est déterminant, c'est, en fin de compte, que l'équilibre financier du contrat dépende des recettes engendrées par l'exploitation du service. Nous vous proposons, par conséquent, de juger qu'il ne peut y avoir délégation de service public lorsque l'équilibre financier du contrat ne dépend pas des recettes liées à l'exploitation du service. » En somme, *substantiellement ne signifie pas nécessairement majoritairement*.

Le Conseil d'Etat a suivi son commissaire du gouvernement dans l'affaire précitée qui mettait aux prises le SMITOM – personne publique – avec son cocontractant, la société SOCCRAM :

« [Considérant] qu'il ressort des pièces du dossier que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devait être d'environ **30%** de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM ; que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que, dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public, la procédure engagée par le SMITOM pour la passation de ce contrat était soumise aux dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ; [...] » (C.J.E.G. n° 558, p.355)

Ainsi que le montre cette décision du Conseil d'Etat, **l'enjeu de la distinction** contrat de délégation de service public – marché public est d'importance.

**Ces deux types de contrats administratifs sont soumis, notamment en ce qui concerne la procédure de leur passation, à des règles de droit administratif différentes.**

La conclusion des contrats de délégation de service public est soumise à la **loi n° 93-122 du 29 janvier 1993** dont les dispositions sont reproduites aux articles L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales – relisez donc la décision ci-dessus citée du Conseil d'Etat.

La conclusion des marchés publics est, en principe, régie par les règles jugées plus contraignantes du **code des marchés publics**.

Savoir si l'on a affaire à un contrat de délégation de service public ou à un marché public est donc nécessaire pour déterminer les règles applicables à la conclusion du contrat.

*/Fin de rappel.*

## **2 – La typologie des contrats de délégation de service public**

*Rappel* : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Le contrat de délégation de service public peut être présenté comme une espèce dans le genre "contrat administratif". Cette espèce comprend des sous-espèces. Toutes ces sous-espèces ont en commun trois caractéristiques qui résultent de la définition même du contrat de délégation de service public :

**1** - les contrats sont passés par une personne morale de droit public (autorité délégante) ;

**2** - ils ont pour objet de confier un service public (administratif ou industriel et commercial) à un délégataire public ou privé et peuvent s'accompagner de la construction d'un ouvrage ou de l'acquisition de biens nécessaires à ce service public ;

**3** - la rémunération du délégataire public ou privé est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

**Rappel de la typologie des contrats de délégation de service public** (Cf. Cours sur le Service public) :

\* **La concession de service public** : C'est un contrat par lequel une personne publique - dénommée *autorité concédante* - confie à une personne privée ou publique - dénommée *le concessionnaire* - le soin de gérer un service public à ses frais et risques, et moyennant la perception de *redevances* sur les usagers de ce service ;

\* **L'affermage** : C'est un contrat par lequel une personne publique confie à une personne privée - dénommée *le fermier* - le soin de gérer un service public à ses frais et risques, moyennant d'une part la perception de *redevances* sur les usagers de ce service, et d'autre part, le versement d'un loyer à la personne publique délégante.

Le loyer est la contrepartie de l'usage des biens (ouvrages, etc.) que le délégant a mis à la disposition du délégataire. La rémunération du fermier résulte de la différence - supposée positive - entre les redevances et le loyer.

**Différence entre l'affermage et la concession** : le fermier ne conserve pas l'intégralité des redevances reçues des usagers, puisqu'il doit en reverser une partie au délégant.

\* **La régie intéressée à au moins 30%** : C'est un contrat par lequel une personne publique confie à une personne (en principe, une entreprise privée) le soin de gérer un service public, moyennant d'une part des redevances perçues sur les usagers de ce service et reversées intégralement à la personne publique, et d'autre part une rémunération versée par la personne publique et indexée à au moins 30% sur les résultats de l'exploitation du service public.

On l'aura deviné, la rémunération de ce type de contrat comporte, en principe, **deux** parties: une partie fixe forfaitaire et une partie variable (intéressement aux résultats de l'exploitation du service public) destinée à inciter le régisseur à une meilleure gestion et à rendre le service public plus attractif.

Si l'intéressement aux résultats de l'exploitation du service public est inférieure à 30%, on a affaire à un marché de service public (voir plus haut C.E., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères CENTRE OUEST SEINE-ET-MARNAIS*).

**Différences entre la régie intéressée à au moins 30% et l'affermage** : le régisseur reverse l'intégralité des redevances à la personne publique, et il est rémunéré par cette dernière.

*...Fin de rappel*

## 2 – La typologie des marchés publics

*Rappel* : « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [Etat, collectivités territoriales, établissements publics] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. » - code des marchés publics, article 1<sup>er</sup>.

A l'instar des contrats de délégation de service public, **les marchés publics peuvent être présentés comme une espèce dans le genre "contrat administratif"**. Cette espèce comprend des sous-espèces.

Le III de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics définit les différentes catégories de marchés publics dans la continuité directe des définitions données par les directives communautaires.

La définition de chaque catégorie de marchés est particulièrement importante au regard des modalités de calcul du montant du marché ; et ce montant détermine certains modes de passation des marchés publics – cf. infra *La conclusion des marchés publics*.

### Trois catégories de marchés publics sont définies par le code :

**1 - Les marchés publics de travaux :** « Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

La définition des marchés de travaux est très étroitement liée à la notion de *maîtrise d'ouvrage*. Est maître d'ouvrage la personne physique ou morale pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés.

Pour qualifier un contrat donné de marché public de travaux, le juge administratif exige que l'administration y assure les fonctions de maître d'ouvrage et que les travaux soient réalisés sous son contrôle et directement pour son compte.

**2 - Les marchés publics de fournitures :** il s'agit de marchés « qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels. »

La notion de marchés de fournitures se limite aux marchés portant sur des objets mobiliers ; elle ne couvre pas les ventes, locations-ventes ou contrats de crédit-bail relatifs à des biens immobiliers.

**3 - Les marchés publics de services :** ils « ont pour objet la réalisation de prestations de services ».

La notion de marchés de services doit être entendue de manière extensive. Elle recouvre par exemple :

- les marchés de prestations intellectuelles
- ou les marchés de services financiers.

Un marché public relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus (travaux, fournitures et services) peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. C'est ce que l'on appelle parfois un **marché mixte**.

### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT]

#### Définitions :

**1 – personne responsable du marché :** cette expression – de moins en moins usitée – désigne la personne physique habilitée à signer le marché au nom de la personne morale de droit public.

Par exemple, le maire (personne responsable du marché) signe le marché au nom de sa commune (personne publique) ;

**2 – titulaire du marché :** c'est la personne qui a conclu le marché avec la personne publique.

Par exemple, Publi-Travaux, une entreprise privée, a conclu un marché avec la commune de Toulouse en vue de la restauration de la place du Capitole ; Publi-Travaux est le titulaire de ce marché ;

**3 – sous-traitant :** c'est la personne à laquelle le titulaire du marché confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, une partie du marché conclu avec la personne publique.

Par exemple, Publi-Travaux, une entreprise privée, a conclu un marché avec la commune de Toulouse en vue de la restauration de la place du Capitole ; Publi-Travaux, titulaire de ce marché, passe un autre contrat (un sous-traité) avec Publi-Pavés, chargeant cette dernière entreprise (sous-traitante) d'exécuter une partie du marché conclu avec la commune de Toulouse. Bien sûr, la sous-traitance est subordonnée à l'accord, à l'agrément de la commune de Toulouse ;

**4 – maître d’ouvrage :** c’est la personne (en principe morale) pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés.

Par exemple, la commune de Toulouse a conclu avec Publi-Travaux, une entreprise privée, un marché public en vue de la restauration de la place du Capitole. Les travaux effectués par Publi-Travaux ont pour maître d’ouvrage la commune de Toulouse, car ils sont réalisés pour son compte ;

**5 – maître d’œuvre :** c’est la personne physique ou morale qui effectue pour le compte du maître d’ouvrage, dans le cadre de la réalisation d’une opération de travaux, tout ou partie des prestations de services suivantes : études d’esquisse, études de projet, pilotage et coordination du chantier, etc.

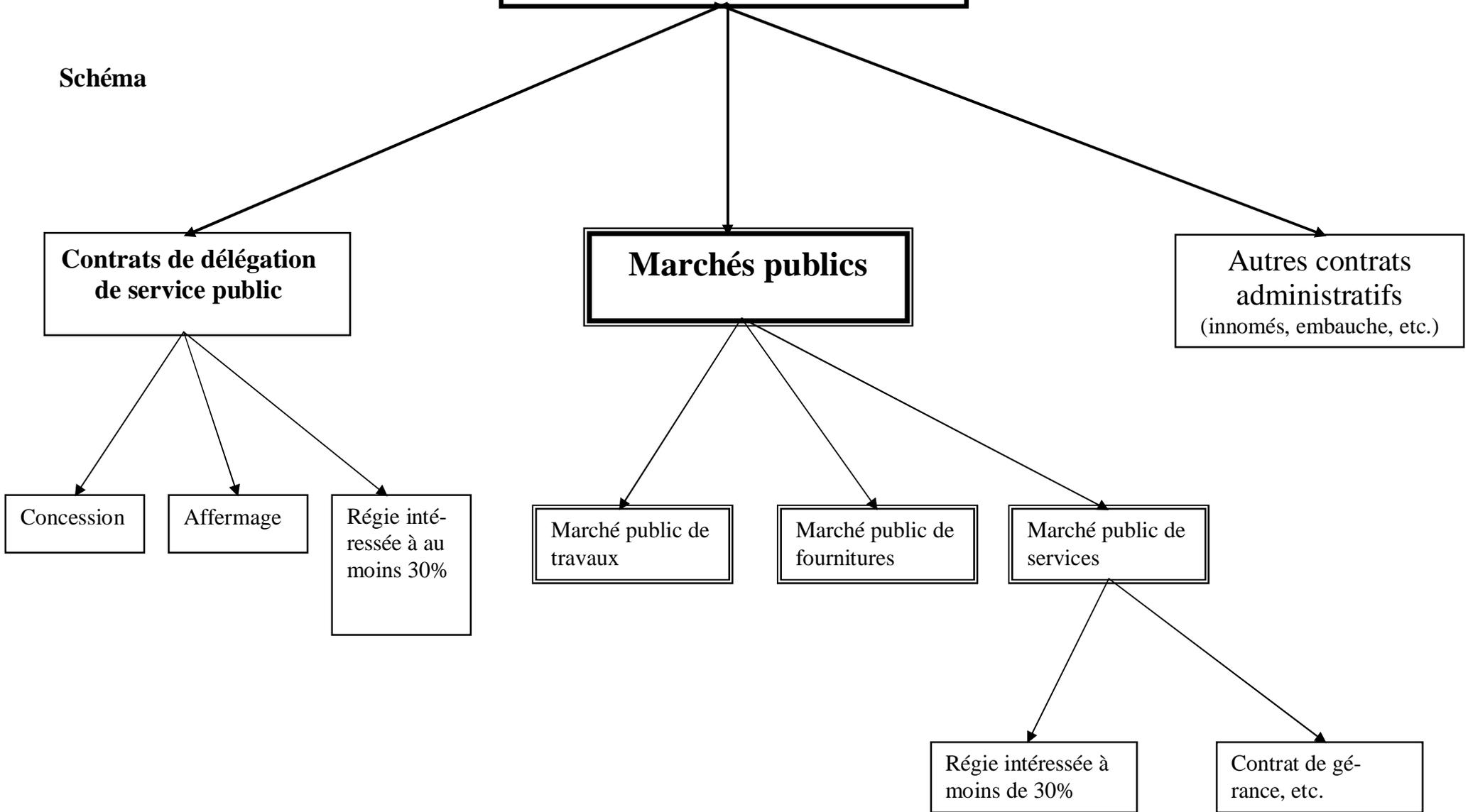
Par exemple, avant de conclure un marché public de travaux en vue de la restauration de la place du Capitole, la commune de Toulouse passe un marché de maîtrise d’œuvre avec Publi-Conseils, une entreprise privée. Publi-Conseils (maître d’œuvre) assistera et conseillera la commune de Toulouse (maître d’ouvrage) dans la conclusion et l’exécution du marché relatif à la restauration de la place du Capitole.

[/FIN]

\*\*\*

# Les contrats administratifs

Schéma



**B - Les modes de conclusion****Résumé et intérêt de cette partie du cours****Questions initiales :**

- 1** - L'administration souhaite conclure un contrat. Quelles règles doit-elle respecter?
- 2** - Quels recours peut-on exercer pour assurer le respect de ces règles ou pour en faire sanctionner le non-respect ?

**Réponses soutenues :**

**1** - Les règles que l'administration contractante doit respecter dépendent, pour l'essentiel, du type de contrat que l'administration veut conclure.

Si l'administration souhaite conclure un marché public (marché de travaux publics, marché de fournitures et de service...) elle devra, en principe, se conformer aux règles contenues dans le code des marchés publics.

Si l'administration veut passer un contrat de délégation de service public, elle respectera, notamment, les dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite loi Sapin).

On voit bien l'intérêt de la distinction *marché de service public-contrat de délégation de service public* (Cf. Service public).

Deux précisions :

**a** – la passation de certains contrats n'est soumise ni au code des marchés publics ni à la loi du 29 janvier 1993 ; il s'agit pour l'essentiel de contrats particuliers ou de faible importance,

**b** – il est des principes communs au code des marchés publics et à la loi du 29 janvier 1993 : publicité, mise en concurrence et égalité de traitement des candidats.

**2** – *Quels recours peut-on exercer pour assurer le respect de ces règles ou pour en faire sanctionner le non-respect ?*

Si l'administration ne respecte pas les règles relatives à la passation des contrats administratifs (marchés publics, contrats de délégation de service public...), des recours contentieux peuvent être exercés (pas par n'importe qui d'ailleurs) :

- le référé précontractuel,
- le référé contractuel,
- le déféré préfectoral
- et les voies de recours ordinaires.

↓ Développement ↓

On retrouve certains principes civilistes :

- **la réalité et la licéité de la cause** : « 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 de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite » - C.E., 15 février 2008, *Commune de la Londe-les-Maures* ;

- **la réalité de la volonté de contracter**,

- **la liberté du consentement** : sont de nature à vicier le consentement le dol et la fraude (CA.A. de Paris, 22 avril 2004, *Société Bouygues et autres* ; 18 mai 2004, *Société nationale des*

*Chemins de fer français*), la contrainte morale (C.E., 5 avril 1991, *SOMOTRA SARL*), l'erreur (sauf si elle est inexcusable - CAA de Nancy, 19 décembre 1989, *Société du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*).

Si la volonté de l'administration doit rester libre, elle ne saurait être arbitraire. Divers textes législatifs et réglementaires ont été édictés à l'effet d'encadrer la conclusion des contrats de l'administration.

Certaines dispositions pénales répriment les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

## ***1 - La conclusion des marchés publics***

Elle est en principe régie par un ensemble voulu homogène de règles : le **code des marchés publics**.

En chantier depuis plusieurs années, une réforme du code des marchés publics est intervenue :

- d'abord en 2001 : Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, Journal officiel du 8 mars 2001, entré en vigueur pour l'essentiel le 9 septembre 2001,

- puis en 2004 : **Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004** portant code des marchés publics modifié par le **décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004** relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales,

- enfin en 2006 : **Décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006** portant code des marchés publics, publié au JO du 4 août 2006 – certaines de ses dispositions ont été annulées par la décision C.E., 9 juillet 2007, *SYNDICAT EGF-BTP et autres*.

► **Le code actuel, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2006, résulte donc essentiellement du décret du 1<sup>er</sup> août 2006.**

### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT] Cette réforme est adossée à un certain nombre de préoccupations :

**1** - harmonisation du droit français avec le droit communautaire ;

**2** - simplification des procédures et clarification des règles : le nombre des articles du code est réduit des deux tiers, passant de 399 à 138 ; la lecture en est facilitée par l'adoption d'un déroulement chronologique : définition, passation, exécution et contrôle d'un marché public ;

**3** - Modernisation : possibilité de prendre en compte les conditions sociales et environnementales de l'exécution d'un marché public, ouverture aux nouvelles technologies de l'information (au plus tard à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, possibilité de transactions par voie électronique et, dans certains cas, d'enchères par cette même voie). [/FIN]

\*\*\*

### ***a – Les principes***

**Le code des marchés publics** (dénommé ci-après *le code*) **assigne aux acheteurs publics, c'est-à-dire aux personnes publiques qui passent des marchés publics les objectifs suivants :**

**1** - l'efficacité de la commande publique (dont la valeur est estimée à environ 740 milliards de francs par an),

**2** - la bonne utilisation des deniers publics

**3** - et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'objectif du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse consacre la règle du «mieux-disant» plutôt que celle du « moins-disant ». Cette règle se décline par diverses mesures dont la suppression de la procédure d'**adjudication**. Celle-ci était un procédé de choix consistant à attribuer automatiquement le marché au candidat ou soumissionnaire le moins-disant, c'est-à-dire à celui qui offrait le prix le plus bas - ce prix n'excédant pas le maximum déterminé.

**Compte tenu de ces objectifs, la passation des marchés publics est fondée sur trois principes solidaires :**

- 1 – le principe de la liberté d'accès à la commande publique,
- 2 – le principe de l'égalité de traitement des candidats aux marchés publics
- 3 – et le principe de la transparence des procédures.

Le principe de la **liberté d'accès** interdit à l'acheteur public

- d'édicter des exigences qui ne seraient pas justifiées par l'objet du marché
- ou d'exclure des candidats qui satisfont à toutes les exigences édictées.

**L'égalité** consacrée par le code implique la fixation préalable de **règles du jeu claires** pour garantir la libre concurrence.

L'administration doit ainsi mettre tous les candidats dans une situation d'égalité au regard de l'information sur les conditions du marché à conclure.

**L'obligation de transparence** qui incombe à l'acheteur public (c'est-à-dire à la personne publique contractante) consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché.

La passation des marchés publics doit, sauf exceptions prévues par le code, être précédée d'une **publicité adéquate**.

#### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT] En ce qui concerne **la publicité**, le code prend en considération le montant estimé du marché, les seuils étant actualisés tous les deux ans :

##### **1 – Montant inférieur à 4 000 €HT: dispense de publicité et de mise en concurrence**

L'acheteur public peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables. Aucune procédure formalisée de comparaison des offres n'est imposée à l'acheteur public.

**Nota bene** : Comme l'a relevé un étudiant [« Bravo ! »], par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008, le Gouvernement avait fait passer ce seuil de 4 000 €HT à 20 000 €HT, mais le Conseil d'Etat a annulé le décret sur ce point, pour méconnaissance des principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures – CE, 10 février 2010, *M. P.*, req. n°329100 (<http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1952>) [mise à jour du 17 février 2010]

##### **2 – Montant inférieur compris entre 4 000 €HT et 90 000 €HT : libre choix de modalités de publicité adaptées**

Selon le code, « le pouvoir adjudicateur [l'acheteur public] choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché. » Cette liberté de choix est toutefois limitée par l'obligation de mettre en œuvre des mesures de publicité suffisantes pour permettre une mise en concurrence effective et le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement.

##### **3 - Montant supérieur à 90 000 €HT : en principe, obligation de procéder à une publicité dont les modalités sont déterminées par le code**

Lorsque le montant estimé du marché est supérieur à ce seuil, le code impose l'obligation de procéder à une publicité dans les conditions suivantes.

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL).

Le code invite, en outre, l'acheteur public (c'est-à-dire, en pratique, la personne publique) à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisé ou, à depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, sur son profil d'acheteur (c'est-à-dire sur un site Web dédié).

C'est à l'acheteur public d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, l'opportunité d'une telle publication complémentaire.

La méconnaissance des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement, constitue

- non seulement une cause d'illégalité de nature à entraîner l'annulation du marché ou de la décision de le passer (Toute personne intéressée peut, par exemple, saisir le juge administratif dans le cadre du **référé précontractuel** prévu à l'article L.551-1 du code de justice administrative. Le cas échéant, le juge annulera ou suspendra la procédure de passation du contrat - cf. *infra le référé précontractuel*.)

- mais encore une infraction pénale (par exemple, **délit de favoritisme**).

Le Code énumère à son article 3 les contrats auxquels ses dispositions ne sont pas applicables :

- les contrats à prestations intégrées dites « in-house » : contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales distinctes mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre ;

- les contrats portant octroi d'un droit exclusif ;

- les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement ;

- les contrats qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;

- etc. [/FIN]

\*\*\*

### ***b - La procédure non formalisée ou procédure adaptée***

**Définition** : La procédure non formalisée ou procédure adaptée est un mode de conclusion dont le contenu effectif est déterminé par le pouvoir adjudicateur (la personne publique) lui-même, au cas par cas, en fonction de l'objet du marché.

#### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT] Le recours à la procédure non formalisée ou procédure adaptée n'est possible que dans les cas suivants :

1 - s'agissant d'un marché de fournitures ou de services lorsque le montant du marché est inférieur à 125 000 €HT pour l'Etat et à 193 000 €HT pour une collectivité territoriale ;

2 - s'agissant d'un marché de travaux, lorsque le montant du marché est inférieur à 4 845 000 €HT, que ce soit pour l'Etat ou pour une collectivité territoriale.

En principe, ces marchés sont passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques.

Toutefois, les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4 000 €HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables. [/FIN]

\*\*\*

D'une manière générale, les marchés passés selon la procédure adaptée sont dénommés **marchés sans formalités préalables**.

### ***c - Les procédures formalisées***

Il s'agit de procédures dont le contenu est déterminé à l'avance par le code des marchés publics.

#### ***i - L'appel d'offres***

**Définition** : L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur (la personne publique) choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. (Article 33 du code des marchés publics).

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

**L'appel d'offres est dit ouvert** lorsque tout opérateur économique [candidat] peut remettre une offre.

**L'appel d'offres est dit restreint** lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques [les candidats] qui y ont été autorisés après sélection. L'appel d'offre restreint se déroule donc en deux étapes : la sélection des candidats admis à présenter une offre et le choix de l'offre.

La personne responsable du marché est libre de choisir entre les deux formes d'appel d'offres.

Lorsqu'elle décide de lancer un appel d'offres ouvert, elle ne peut en cours de procédure le transformer en appel d'offres restreint.

## *ii – Le marché négocié*

**Définition** : Une procédure négociée est un mode conclusion par lequel le pouvoir adjudicateur (la personne publique) choisit le titulaire du marché après consultation des candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. (Article 34 du code des marchés publics).

Les marchés négociés sont conclus, selon les cas, avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont passés soit après mise en concurrence, soit sans mise en concurrence.

### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT] L'article 35 énumère et décrit les cas où la personne publique peut recourir à une procédure négociée.

#### **Exemples :**

- *marchés pouvant être négociés après publicité préalable et mise en concurrence* : Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. (appel d'offres infructueux) ;

- *marchés pouvant être négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence* : Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle.

[/FIN]

\*\*\*

## *iii - Le dialogue compétitif*

**Définition** : La procédure de dialogue compétitif est « une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur (la personne publique) conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre ». (Article 36 du code des marchés publics).

**Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT]

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie:

1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. [FIN]

\*\*\*

**v – Les procédures spécifiques**

Il s'agit essentiellement des procédures qui suivent.

**1 – Le concours**

**Définition :** Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur (la personne publique) choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché. (Article 38 du code)

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Le règlement du concours peut prévoir que les concurrents bénéficient du versement de primes.

**2 – La procédure propre aux marchés de conception-réalisation**

**Définition :** La procédure propre aux marchés de conception-réalisation est le mode de conclusion qui permet au pouvoir adjudicateur [à la personne publique] de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. (Articles 37 et 69 du code)

Il ne peut être fait usage de cette procédure, quel que soit le montant du marché, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou aux techniques de réalisation de l'ouvrage.

\*\*\*

**Dans tous les cas visés par les procédures définies ci-dessus**, pour attribuer le marché au candidat qui a présenté *l'offre économiquement la plus avantageuse*, le pouvoir adjudicateur [la personne publique] se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix - Article 53 du code des marchés publics.

**Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT]

*Les éléments de fond et de forme des marchés*

**En principe, les marchés publics doivent être conclus sous forme écrite, exception faite des marchés passés selon la procédure adaptée.**

Lorsque la forme écrite est exigée, l'**acte d'engagement** et les **cahiers des charges** (*voir supra* Les clauses exorbitantes) sont les pièces constitutives du marché (article 11).

L'**acte d'engagement** est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées.

Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique, ce qui crée un lien contractuel entre les parties.

Le **bon de commande** est le document écrit adressé par la personne publique contractante au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité. Le bon de commande intervient après la signature du marché ; ce n'est donc pas un élément constitutif du marché. C'est un élément de son exécution.

La **durée d'un marché** est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (article 15).

Un marché peut prévoir une ou plusieurs **reconductions** à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché peut refuser sa reconduction.

Les **prix** des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des **prix unitaires** appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des **prix forfaitaires** appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités (Article 16).

En principe, un marché est conclu à **prix définitif** (Article 17). Cela signifie simplement que le prix ou les modalités de sa détermination sont fixés initialement dans les documents contractuels du marché.

**Ce prix est soit ferme, soit ajustable ou révisable.**

Un **marché est conclu à prix ferme** dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret.

Un **marché est dit à prix ajustable ou révisable** lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques. Le prix ajustable et le prix révisable sont donc les deux modalités de prix de règlement qui permettent de tenir compte de l'évolution des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Le prix ajustable et le prix révisable diffèrent fondamentalement en ce que :

- l'ajustement s'effectue en fonction d'une référence représentative du prix de la prestation elle-même ;
- la révision s'effectue en fonction d'éléments représentatifs du coût de la prestation. [/FIN]

## 2 - La conclusion des contrats de délégation de service public

Ce sont des contrats par lesquels l'administration confie à une personne privée ou publique le soin de gérer une activité de service public, la rémunération de cette personne étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

*Le principe* : l'administration choisit librement son cocontractant, le délégataire de service public. Le choix est donc fait *intuitu personae*. Mais une liberté peut être plus ou moins grande. Pendant longtemps, l'administration a bénéficié de la plus grande liberté possible. Puis, le scandale des "affaires" a suscité des réactions législatives et réglementaires. La liberté de choix demeure, mais elle se trouve juridiquement encadrée : loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures - loi Sapin - ; décret du 24 mars 1993 ; loi du 2 février 1995 ; loi du 8 février 1995 ; décret du 1<sup>er</sup> mars 1995.

**L'essentiel des règles se découvre dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin.**

### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT] Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas entièrement aux délégations de service public

1. lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ;
2. lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ;
3. lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions relatives à la durée des délégations. [/FIN]

\*\*\*

### a - Les principes

L'article 38 de la *loi Sapin* du 29 janvier 1993 (repris à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales) dispose :

«L'autorité délégante soumet les délégations de service public à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État.»

La conclusion des contrats est donc dominée par trois principes :

1. la publicité autour de la volonté publique de contracter,
2. la mise en concurrence des candidats
3. et l'égalité de traitement des candidats.

Si la personne publique contrevient à ces principes, toute personne intéressée peut saisir le juge administratif dans le cadre du **référé précontractuel** prévu à l'article L.551-1 (ex article L. 22) du code de justice administrative. Le cas échéant, le juge annulera ou suspendra la procédure de passation du contrat - cf. infra le référé précontractuel.

### b - La procédure

Elle se décline de la manière suivante :

1. la publication d'un avis d'appel à la concurrence,
2. le choix des candidats admis à présenter une offre,
3. l'information des candidats admis à présenter une offre,
4. la négociation avec un ou plusieurs candidats admis à présenter une offre
5. et, enfin, le choix du délégataire.

### *i - La publication d'un avis d'appel à la concurrence*

Il résulte de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 24 mars 1993 que l'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité en insérant un avis d'appel public à la concurrence

- dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales
- **et** dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Cette insertion précise

- la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la dernière publication,
- les modalités de présentation de ces offres
- et les caractéristiques essentielles de la convention, notamment son objet et sa nature.

### *ii - Le choix des candidats admis à présenter une offre*

C'est la phase de **présélection**. A la suite de la double publication de l'avis d'appel à la concurrence, la personne publique reçoit un certain nombre de candidatures. Elle effectue un tri, une présélection.

En effet, selon l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (C.G.C.T.), «la collectivité publique<sup>1</sup> dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.»

Par là même, la procédure rappelle celle de l'appel d'offres restreint.

Toutefois, en l'espèce, les critères de la présélection sont en rapport étroit avec l'objet du futur contrat, à savoir la délégation d'un service public. Il paraît légitime de ne retenir que les candidats aptes à respecter les **lois du service public** à la gestion duquel ils postulent.

Le Conseil d'Etat précise cependant :

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales qu'il appartient à la collectivité publique intéressée de procéder à l'examen pour chaque candidat des garanties et aptitudes prévues par ces dispositions et d'inscrire sur la liste des candidats admis à présenter une offre **tous ceux ayant satisfait à cet examen** sans avoir la possibilité ni de fixer par avance un nombre maximum de candidats susceptibles d'être retenus ni, après avoir procédé à l'examen de ces garanties et aptitudes, de n'inscrire sur la liste qu'une partie seulement des candidats ayant satisfait à cet examen ; [...] ». (C.E., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères CENTRE OUEST SEINE-ET-MARNAIS* (C.J.E.G. n° 558, p. 355).

### *iii - L'information des candidats admis à présenter une offre*

Les candidats présélectionnés reçoivent des informations complémentaires :

« La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. »

Le juge exige que les candidats bénéficient d'un niveau égal d'information. Le cas échéant, le secret des affaires ne doit pas conduire à ce que le délégataire sortant soit avantagé par rapport à ses concurrents - C.E., 13 mars 1998, *SA Transport GALIERO*, C.J.E.G. n° 558, p.361.

### *iv - L'analyse des offres*

Les candidats présélectionnés adressent leurs offres à la personne publique.

Les plis contenant ces offres sont ouverts par une **commission** dont la composition varie selon la nature ou la taille de la personne publique délégante.

<sup>1</sup> Plus précisément, la Commission dont il sera question au iv (L'analyse des offres) – loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT] Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus ou d'un établissement public, la commission comprend :

- l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président - maire, président du conseil régional ou général...
- cinq autres membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste - ce qui garantit la présence de l'opposition dans les commissions des collectivités territoriales.

Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, la commission est composée

- du maire ou son représentant, président,
- et de trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste - ce qui ne garantit nullement la présence de l'opposition, puisque dans les communes de moins de 3 500 habitants les conseillers municipaux sont élus au scrutin majoritaire.

Dans tous les cas, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative. [/FIN]

\*\*\*

### La commission analyse les offres et émet un avis.

#### v - La négociation et le choix du délégataire

Au vu de l'avis émis par la commission, l'autorité habilitée à signer la convention (maire, président du conseil régional ou général...) engage **librement** (C.E., 23 mai 2008, *Musée Rodin*) toute **discussion** utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre (dans le respect de l'égalité entre ces entreprises : C.E., 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal assainissement Saint-Martin-en-Rê*)

Puis, elle effectue son **choix**.

Elle transmet ensuite à l'assemblée délibérante (Conseil municipal, général ou régional).

- ✓ son choix motivé,
- ✓ l'avis et le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci,
- ✓ un document définissant l'économie générale du contrat - article L. 1411-5 du C.G.C.T.

L'assemblée délibérante se réunit alors et se prononce à la fois sur le contrat de délégation et sur le choix du délégataire. Cette réunion ne peut avoir lieu qu'au moins deux mois après la saisine de la commission.

### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT] Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération - article L. 1411-7 du C.G.C.T.

Le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique - article L. 1411-8 du C.G.C.T.

Dans les communes de 3 500 habitants et plus, les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués sont mis à la disposition du public sur place à la mairie et, le cas échéant, à la mairie annexe, dans les quinze jours qui suivent leur réception par voie d'affiche apposée. Le public est avisé par le maire de cette réception par voie d'affiche apposée en mairie et aux lieux habituels d'affichage pendant au moins un mois. [/FIN]

\*\*\*

### ***c - La durée des contrats de délégation de service public***

Selon l'article L. 1411-2 du C.G.C.T., les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire.

#### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT] Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation.

Une délégation de service ne peut être **prorogée** que pour deux raisons :

1. pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prorogation ne peut alors excéder un an;
2. lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial. Il s'agit d'investissements susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

Ces prolongations ne peuvent intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Au demeurant, les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation - article L. 1411-2 du C.G.C.T.

Enfin, le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public - Article L. 1411-3 du C.G.C.T. [/FIN]

\*\*\*

#### **Développements additionnels exclus des révisions :**

[DEBUT]

## **C - Le contentieux de la conclusion des contrats**

### ***1 - Les recours ouverts aux concurrents évincés de la conclusion du contrat***

Lorsqu'elle est candidate effective ou potentielle à la conclusion d'un contrat administratif, une personne, privée ou publique, peut se retrouver dans l'une des situations suivantes :

1. sa candidature a été retenue ou elle est sur le point de l'être ;
2. sa candidature n'a pas été retenue ou elle est sur le point de ne pas être retenue ;
3. elle a été dissuadée de présenter sa candidature alors qu'elle était en situation de le faire.

Cette personne est qualifiée

- dans les trois cas, de **personne ayant un intérêt à conclure le contrat**
- dans les cas n° 2 et n° 3, de **concurrent évincé de la conclusion du contrat**.

► Quatre recours sont ouverts aux concurrents évincés de la conclusion des contrats, dont deux correspondent à des procédures d'urgence (référés).

### a - Le référé précontractuel

► C'est un recours qui n'est recevable qu'*avant* la conclusion du contrat, d'où l'épithète «précontractuel» (*pré* = *avant*).

Trouvant son origine dans les directives communautaires dites « Recours » de 1989 et de 1992, il a été introduit dans le droit français par les lois du 4 janvier 1992 et du 29 décembre 1993, et codifié aux articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-4 du code de justice administrative.

Le référé précontractuel concerne essentiellement, mais non exclusivement bien sûr, les marchés publics et les contrats de délégation de service public.

#### ► Il peut être exercé

▪ uniquement lorsque la personne publique contractante manque à ses obligations de publicité et de mise en concurrence,

▪ et seulement, à l'exception du préfet, par les personnes (généralement des entreprises privées) candidates à l'obtention du contrat ainsi que par les personnes qui ont été dissuadées de présenter leur candidature par la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence.

➢ Le requérant ne peut toutefois invoquer un manquement aux obligations de publicité et de concurrence qui ne lui porte pas *préjudice*, c'est-à-dire qui n'est pas susceptible de le léser- CE, Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n°305420.

#### ► La procédure du référé précontractuel se laisse décrire simplement.

Une fois saisi, le président du tribunal administratif, ou son délégué, statue dans un délai de vingt jours. En pratique, il dépasse souvent ce délai sans pour autant se retrouver dessaisi : CE, Sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, n°152484. L'**ordonnance** du juge est susceptible de pourvoi en cassation devant le Conseil d'État dans la quinzaine de sa notification.

Le contrat litigieux ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification à la collectivité publique de la décision juridictionnelle - *Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009*.

En d'autres termes, l'introduction d'un référé précontractuel entraîne automatiquement la **suspension** de la signature du contrat. Afin que la personne publique sache qu'un référé précontractuel a été exercé et qu'elle ne peut pas signer le marché, le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 prévoit que tout recours doit être **notifié** à ladite personne publique. Cette notification est à la charge du requérant et doit être effectuée en même temps que l'introduction du référé.

#### ► Le juge du référé précontractuel dispose de **larges pouvoirs** :

« [II] peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » - Article L551-2 du *code justice administrative*.

### b - Le référé contractuel

Une fois le contrat conclu, les concurrents évincés ne peuvent plus exercer un référé précontractuel, celui-ci devant, comme on l'a vu, nécessairement intervenir avant la conclusion du contrat (d'où, rappelons-le l'épithète *précontractuel*).

Ils ne sont toutefois pas démunis.

► L'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 a introduit un nouveau recours d'urgence : **le référé contractuel**.

#### ► Quatre questions permettront d'en saisir la substance : QUAND ? QUI ? POURQUOI ? COMMENT ?

➢ QUAND le référé contractuel peut-il être exercé ?

**REPONSE :** contrairement au référé précontractuel, le référé contractuel ne peut être exercé qu'une fois le contrat conclu (signé), et ce,

- dans un délai de 30 jours suivant la publication de l'avis d'attribution du contrat au candidat retenu
- ou, en l'absence de publication de l'avis d'attribution du contrat, dans un délai de six mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat.

➤ **QUI peut exercer un référé contractuel ?**

**REPONSE :** les concurrents évincés de la conclusion du contrat et, comme on le verra plus loin, le préfet.

Toutefois, le référé contractuel ne peut être exercé contre un contrat X par un concurrent évincé lorsque ce dernier a déjà fait usage d'un référé *précontractuel* contre le même contrat X avant sa signature si la personne publique

- a suspendu la signature du contrat X pendant la durée du référé précontractuel,
- puis s'est conformée à la décision rendue par le juge sur ce référé précontractuel.

➤ **POURQUOI ? Pour quels motifs peut-on exercer un référé contractuel ?**

**REPONSE :** les motifs sont les mêmes que pour le référé précontractuel. Le concurrent évincé ne peut invoquer que *l'argument* suivant : **la personne publique a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.**

➤ **COMMENT le référé contractuel doit-il être exercé ?**

**REPONSE :** le concurrent évincé doit saisir le président du tribunal administratif ou son délégué.

- ▶ Le juge du référé contractuel dispose de **larges pouvoirs**. Il peut
  - suspendre l'exécution du contrat pendant la durée de l'instance
  - prononcer la nullité du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée, etc.

*c – Le recours ouvert par l'arrêt « Société Tropic Travaux Signalisation »*

▶ Le 16 juillet 2007, le Conseil d'Etat a ouvert un recours permettant de contester directement devant le juge administratif, la validité d'un contrat, après sa signature : CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545.

▶ Nous nous évertuerons à l'analyser en répondant à des questions désormais attendues : *QUAND ? QUI ? POURQUOI ? COMMENT ?*

➤ **QUAND un recours de type « Société Tropic Travaux Signalisation » peut-il être exercé ?**

**REPONSE :** dans les deux mois à compter de la date à laquelle la conclusion du contrat administratif a fait l'objet de mesures de publicité appropriées.

➤ **QUI peut exercer ce recours ?**

**REPONSE :** uniquement les concurrents évincés de la conclusion du contrat administratif en question.

➤ **POURQUOI ? Pour quels motifs peut-on exercer un recours de type « Société Tropic Travaux Signalisation » ?**

**REPONSE :** pour contester la validité même du contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles. Une contestation assortie, le cas échéant, de demandes indemnitaires.

➤ **Différences, à ce niveau, entre un recours de type « Tropic Travaux Signalisation » et un référé contractuel :**

- à l'occasion d'un recours de type « Société Tropic Travaux Signalisation », le requérant est recevable à invoquer **toutes les illégalités** susceptibles d'entacher la validité du contrat, alors que dans le cadre du référé contractuel, il ne peut faire état que des manquements commis par la personne publique à ses obligations de **publicité** et de **mise en concurrence** ;

- le requérant a le droit d'assortir son recours de **demandes indemnitaires**, ce qui, en principe, ne lui est pas permis à l'occasion d'un référé contractuel.

Le recours ouvert par l'arrêt « Société Tropic Travaux Signalisation » ne fait donc pas exactement double emploi avec le référé contractuel

➤ **COMMENT doit-on exercer un recours de type « Société Tropic Travaux Signalisation » ?**

**REPONSE :** le concurrent évincé forme, non pas un recours pour excès de pouvoir, mais un **recours dit de pleine juridiction** devant le juge du contrat.

► Une fois saisi, le juge dispose de **pouvoirs importants**. Ainsi peut-il décider

- la résiliation du contrat (pour l'avenir, naturellement),
- la modification de certaines de ses clauses,
- la poursuite de son exécution sous réserve de mesures de régularisation,
- le simple octroi d'une indemnité au demandeur
- l'annulation totale ou partielle, avec ou sans effet différé, du contrat, mais uniquement si les vices constatés le justifient, et si cette annulation ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants.

#### *d – Le recours contre les actes détachables du contrat*

► Par *actes détachables du contrat*, il faut entendre des actes qui, bien que se rapportant au contrat, en sont juridiquement et intellectuellement *dissociables* parce que *distincts* du contrat lui-même: décision de conclure le contrat, décision d'approuver le contrat, etc.

► Les concurrents évincés de la conclusion du contrat peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre ces actes détachables, *mais uniquement avant la conclusion du contrat*.

➤ En effet, à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini (recours dit « Société Tropic Travaux Signalisation »), « le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables » - CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n°291545.

#### *2 – Les recours ouverts au préfet*

► Trois recours sont ouverts au préfet, dont deux ont été présentés plus haut.

➤ Comme les concurrents évincés, **le préfet est recevable à exercer**

- **un référé précontractuel**, dans le cas où le contrat est *sur le point d'être conclu* par une collectivité territoriale ou un établissement public local,

- **ou un référé contractuel**, dans le cas d'un contrat qui *a effectivement été conclu* par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

➤ Le préfet dispose également d'un recours dont il a, cette fois, l'apanage : **le déféré préfectoral**.

En effet, il peut, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur la légalité des actes des collectivités territoriales (communes, départements, région, etc.), demander au juge administratif d'annuler un contrat passé par l'une de ces collectivités.

## 2 - Les recours ouverts aux autres tiers

Par « autres tiers », il faut entendre « personnes autres que les concurrents évincés et le préfet ».

Les recours qui leur sont ouverts semblent on ne peut plus hétéroclites :

► **Les usagers d'un service public** sont recevables à demander au juge administratif d'annuler les **clauses à caractère réglementaire** des contrats par lesquels a été déléguée (au sens large du mot) la gestion de ce service public - C.E., Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele* - à condition que lesdites clauses réglementaires soient divisibles des autres clauses ;

► Les personnes y ayant intérêt peuvent demander au juge administratif l'annulation du **contrat de recrutement d'un agent public non titulaire** - C.E., Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662 ;

► Un tiers intéressé<sup>1</sup> est recevable à exercer un recours pour excès de pouvoir contre **les actes détachables d'un contrat administratif**<sup>2</sup> - C.E., 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, C.E., 4 août 1905, *Martin* - c'est-à-dire contre

- la décision de conclure le contrat ;
- la décision de signer le contrat révélée par la signature du contrat ;
- la décision approuvant le contrat ;
- les mesures se rattachant à l'exécution du contrat : positivement ou négativement;
- les mesures se rapportant à la résiliation du contrat : refus de résilier ; décision de résilier.

Cette dernière possibilité, relative à la résiliation, concerne d'abord les tiers. En principe, le cocontractant n'est pas recevable à demander l'annulation de telles mesures. Une exception concerne les contrats de longue durée exigeant du cocontractant des investissements importants devant s'amortir sur la durée de l'exploitation.

► L'annulation, par le juge, d'un acte détachable du contrat n'entraîne pas, par elle-même, la nullité du contrat. Mais elle a tout de même des conséquences importantes :

- Une partie au contrat ne peut exiger de l'autre partie l'exécution du contrat; l'exception tirée de l'annulation de l'acte détachable lui est opposable devant le juge du contrat.
- Les parties peuvent demander au juge du contrat de déclarer la nullité du contrat.

Le bénéficiaire de l'annulation de l'acte détachable peut demander au juge d'ordonner, sous astreinte, à l'administration contractante de saisir le juge du contrat pour qu'il déclare la nullité du contrat ;  
[FIN]

\*\*\*

<sup>1</sup> Qui peut exciper de sa qualité de contribuable local, s'agissant bien sûr d'un contrat conclu par une collectivité territoriale - Jurisprudence C.E., 29 mars 1901, *Casanova*. En principe, le cocontractant ne peut se servir du recours pour excès de pouvoir que contre les actes précédant la conclusion ; pour les autres actes, il dispose d'une action spécifique.

<sup>2</sup> Avec la possibilité d'invoquer contre ces actes l'illégalité du contrat - C.E., 20 janvier 1978, *Syndicat de l'enseignement technique agricole public* ; 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*.

### III - L'exécution des contrats administratifs

Elle révèle toute la distance qui sépare le droit administratif du droit privé, les contrats de droit administratif des contrats de droit privé.

Qu'on se rappelle les propos du commissaire du gouvernement Jacomet : « **Lorsqu'elle conclut des contrats administratifs, l'administration ne se dépouille pas de ses attributs de puissance publique** » (Conclusions sur C.E., 5 mars 1954, *Mlle Soullier*).

On comprend mieux alors le scepticisme du commissaire du gouvernement Kahn : « Chacun s'accorde à reconnaître aujourd'hui que la distinction du contractuel et de l'unilatéral pose plus de questions qu'elle ne permet d'en résoudre. » Conclusions sur T.C. 3 mars 1969, *Société Interlait*.

► **En droit privé**, le régime des contrats est dominé, notamment, par deux grands principes :

➤ *l'autonomie de la volonté* : elle implique une égalité relative des parties ;

➤ *la mutabilité consensuelle du contrat* : selon l'article 1134 du Code civil, " les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. " Elles ne peuvent être révoquées ou modifiées que de leur consentement ou pour les causes que la loi autorise.

C'est ainsi que l'employeur ne peut modifier unilatéralement un contrat de travail de droit privé.

\* C.E., Avis du 29 juin 2001, *M. BERTON* :

« Considérant qu'aux termes de l'article 1134 du code civil : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ; que l'article L. 121-1 du code du travail dispose que : "Le contrat de travail est soumis aux règles du **droit commun**. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter" ; que le principe général du droit dont s'inspirent ces dispositions implique **que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié** ; [...] »

\* Cass. Soc., 18 juin 2002 : « Mais attendu que le salarié ne peut se voir imposer par l'employeur une modification unilatérale de son contrat de travail ; que la rupture du contrat de travail résultant du refus d'une telle modification s'analyse en un licenciement ; [...] »

Qui ne peut le moins ne peut souvent le plus. En droit privé, la **résiliation unilatérale** d'un contrat à durée déterminée est, en principe, impossible (Com. 12 nov. 1996 : D. affaires 1997.248) ; celle d'un contrat à terme incertain ou à exécutions successives est possible mais limitée.

► **En droit administratif, le particularisme du contrat administratif fait largement échec à ces principes :**

➤ *la mutabilité unilatérale* du contrat administratif : l'administration peut modifier unilatéralement le contenu du contrat ou résilier celui-ci même si un terme a été initialement prévu. Que ce pouvoir de résiliation unilatérale soit caractéristique (quantitativement) des contrats administratifs, cela découle du fait qu'une clause de résiliation unilatérale est toujours considérée comme exorbitante : « cette stipulation donne à elle seule à la convention un caractère administratif<sup>1</sup> » - T.C., 5 juillet 1999, *U.G.A.P* (Rappelons que le Tribunal des conflits est composé à la fois de juges administratifs et de juges judiciaires) ;

➤ *l'inégalité des intérêts*. Certains auteurs préfèrent parler de l'inégalité des volontés. Préférence irrecevable. Le particularisme du contrat administratif - et donc les prérogatives exorbitantes de l'administration contractante - se justifie, directement ou indirectement, par les exigences du service public. Bien souvent, le contrat administratif est conclu en vue de pourvoir aux besoins du service public, d'en assurer le fonctionnement correct. Cette fin justifie les dérogations aux règles du droit privé.

<sup>1</sup> Bien évidemment, une personne publique était partie à ce contrat.

En conséquence, le contrat administratif met en présence non pas des volontés inégales, mais des intérêts inégaux : l'intérêt général et l'intérêt du particulier. **On reconnaît à l'administration les moyens de faire triompher l'intérêt général.** Mais l'intérêt particulier n'est pas pour autant ignoré.

**Au royaume du droit administratif, contracter c'est souvent servir, et servir c'est parfois contracter.**

## A - Les droits et obligations des parties

Dans l'exécution des contrats administratifs, on ne retient pas l'**exceptio non adimpleti contractus**, c'est-à-dire l'exception de contrat non exécuté. Si l'une des parties n'effectue pas sa prestation, l'autre ne peut refuser la sienne en invoquant la carence de son cocontractant.

**Illustration** : CAA de Lyon, 30 août 1995, *Commune de Méribel-les-Allues* : « En tout état de cause, **de manière générale**, le fait pour un cocontractant de n'avoir pas exécuté ses obligations n'est pas de nature à dispenser l'autre partie d'assurer ses propres engagements [...] ».

A l'inverse, nombreux sont les contrats de droit privé qui admettent l'**exceptio non adimpleti contractus** (Cf. les abonnements de toute nature).

En principe, la date d'effet des droits et obligations est postérieure à la signature du contrat administratif. Toutefois, les parties ont le droit de donner une portée **rétroactive** au contrat.

**Illustration** : C.E., Sect., 19 novembre 1999, *FEDERATION SYNDICALISTE FORCE OUVRIERE DES TRAVAILLEURS DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS* :

« aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat produisent des **effets rétroactifs** entre les parties, à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat ;[...] »

De même, « aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin des travaux antérieure à sa signature » - C.E., 2 octobre 2002, *M. X...*

## *1 - Les droits et obligations de l'administration*

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Questions initiales :

**1** – Qu'est-ce qui justifie les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs ?

**2** – Les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs sont-elles sans limites ?

#### Réponses soutenues :

**1** – Le service public et, partant, le service de l'intérêt général justifient les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs. En effet, un contrat administratif est nécessairement conclu dans l'intérêt général. Il est donc logique que l'administration se voit conférer les moyens juridiques qui lui permettent d'assurer une certaine adéquation entre les prestations de son cocontractant et l'intérêt général. Deux lois du service public sont au cœur de la mise en œuvre de ces prérogatives : les principes de continuité et de mutabilité du service de l'intérêt général et du service public.

**2** – *Les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs sont-elles sans limites ?*

Les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs trouvent leurs limites dans les exigences de l'intérêt général et dans les prescriptions du principe de la légalité. Autrement dit, l'administration doit exercer ses pouvoirs dans les limites de ce qu'exige l'intérêt général et de ce que permet la légalité.

↓ Développement ↓

#### *a - Les pouvoirs de contrôle et de direction*

Par son pouvoir de contrôle, l'administration s'assure que le cocontractant s'acquitte convenablement de ses obligations. En principe, le cocontractant exécute ses obligations conformément aux clauses du contrat. Mais, par son pouvoir de direction, l'administration peut exiger de lui le respect de modalités d'exécution non prévues au contrat (Cf. clauses exorbitantes. Moyens juridiques utilisés : ordres de service. But poursuivi : intérêt général, service public.

#### *b - Le pouvoir de modification unilatérale*

C'est l'une des prérogatives qui tranchent le plus sur le droit commun des contrats - Sur son caractère spécifique découlant de son **admission généralisée**, voir supra l'introduction à ce I.

Elle rappelle le pouvoir de direction, mais elle ne saurait être confondue avec lui. Le pouvoir de modification unilatérale ne concerne pas la manière dont le cocontractant exécute ses prestations. Il a trait au contenu même des prestations.

**Définition** : pouvoir reconnu à l'administration de modifier, en cours d'exécution, l'étendue des prestations à effectuer par le cocontractant.

Il a pour effet soit une augmentation, soit une diminution de ces prestations.

**Moyens utilisés** : des actes administratifs unilatéraux *individuels* dénommés *ordres de service* :

**Illustrations** :

- ✓ C.E., 21 mars 1996, *SARL CITRA PACIFIQUE* : « la société à responsabilité limitée CITRA PACIFIQUE, pour justifier le remboursement du surcoût qu'elle estime avoir dû supporter dans la fabrication des acropodes invoque la **modification unilatérale** du contrat qui aurait résulté de l'**ordre de service** du 7 janvier 1993 ; [...] »
- ✓ C.E., 15 mars 2000, *FABRE et PUIG* : « Considérant que le régime de rémunération fixé par la délibération attaquée ayant un **caractère réglementaire**, les requérants ne sauraient utilement soutenir que cette délibération a constitué une **modification unilatérale** de leur contrat ; [...] » (Cf. infra Fait du prince et Imprévision)

► **Quel est le fondement du pouvoir de modification unilatérale ?**

**Réponse** : C.E., 6 mai 1985, *M. Ricard* : « Considérant que si les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à l'administration, **seule compétente pour régler l'organisation du service public**, de modifier unilatéralement de tels contrats [...] »

Le pouvoir de modification unilatérale se fonde sur les **principes de mutabilité et de continuité** du service de l'intérêt général et du service public.

Bien souvent, le contrat est conclu en vue de pourvoir, directement ou indirectement, aux besoins du service public. Et ces besoins sont évolutifs comme le service public lui-même et l'intérêt général. Il est donc opportun de ne pas figer les prestations du cocontractant sous peine d'entraver, à court terme, la mutation du service public et, à long terme, sa continuité.

Le commissaire du Gouvernement Léon Blum observait :

« Il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire et, par suite, les nécessités de son exploitation, **n'ont pas un caractère invariable**... L'État ne peut pas se désintéresser du service public du transport une fois concédé... [Il] interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement..., en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique ». (Conclusions sur C.E., 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216.)

**Quatre observations s'imposent :**

1. *Le pouvoir de modification unilatérale est un pouvoir détenu de plein droit par l'administration. L'administration détient ce pouvoir, que cela soit ou non stipulé dans le contrat - C.E., 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux. Le pouvoir de modification unilatérale s'applique à tous les contrats administratifs. Il a été reconnu d'abord implicitement par l'arrêt C.E., 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, puis plus nettement par l'arrêt C.E., 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways ;*
2. Comme contrepartie de la modification unilatérale et de l'aggravation de ses charges, le cocontractant a *droit à une indemnité* versée par l'administration contractante – Cf. infra Equation financière ;
3. *Mais l'exercice du pouvoir de modification unilatérale est exclu à l'égard de certaines clauses* du contrat : par exemple, les clauses relatives au prix versé au cocontractant. Toutefois, cette exclusion a une limite : C.E., 26 novembre 1975, *SA Entreprise PY* : « considérant que, si le caractère définitif des prix stipulés au marché s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas

exceptionnel ou, comme en l'espèce, il s'agit d'une **erreur purement matérielle** et d'une nature telle qu'il est impossible à la partie de s'en prévaloir de bonne foi ; [...].»

Il n'est pas possible non plus de modifier unilatéralement et directement un contrat dont le contenu est "entièrement défini par voie législative et réglementaire" – C.E., 6 mai 1985, *Ricard*, arrêt précité relatif à l'ancien contrat d'abonnement téléphonique ;

4. *Les modifications ne doivent pas dépasser certaines limites.* Des prestations totalement nouvelles, qui changent l'objet du contrat, donnent naissance, de fait, à un nouveau contrat ; le cocontractant pourrait refuser de les exécuter et demander la résiliation du contrat. Qui plus est, les modifications prescrites ne doivent être ni imprécises ni impossibles à exécuter (C.E., 5 avril 2002, *SOCIETE DES MINES DE SACILOR LORMINES*).

Evidemment, une modification unilatérale **fautive** engage la **responsabilité contractuelle** de l'administration (CAA de Paris, 27 février 1997, *SARL ARM PAJANI* ; cf. Equation financière et Fait du prince). Tel est le cas d'une modification unilatérale rendant impossible l'exécution du contrat : la résiliation sera alors prononcée aux torts et griefs de l'administration.

**Ne sont vraiment unilatérales que les modifications apportées au contrat après la signature de celui-ci.**

**Illustration** : C.E., 30 novembre 1990, *SOCIETE COIGNET ENTREPRISE* :

« Considérant, d'autre part, que si de légères modifications des prestations prévues par le dossier d'appel d'offres ont été apportées au contrat avant la signature de celui-ci, la SOCIETE COIGNET ENTREPRISE a accepté ces modifications en signant le contrat définitif ; que les prestations qui lui ont été demandées ont été en tout point conformes à celles prévues dans ce contrat ; qu'ainsi la société n'est pas fondée à demander une indemnité de ce chef ; [...] ».

#### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT] **Alors, au vu de ce pouvoir de modification unilatérale, le contrat administratif peut-il encore être tenu pour la loi des parties ?**

Oui et non.

**Non**, puisque l'administration peut toujours décider une modification unilatérale dans les conditions que nous savons.

**Oui**,

- d'une part parce que les modifications sont limitées et encadrées,
- d'autre part parce que l'administration n'utilise pas toujours de son pouvoir de modification unilatérale. Tant qu'elle ne l'a pas fait, elle est tenue au respect du contrat initial.

CA.A. de Paris, 22 avril 2004, *Société Bouygues et autres* ; 18 mai 2004, *Société nationale des Chemins de fer français* :

« un contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et ne peut en principe être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel [...] »

Qui plus est, les modifications unilatérales s'imposent également à l'administration : c'est une illustration contractuelle du principe *Patere legem quam ipse fecisti* (respecte la règle que toi-même tu as établie).

Au demeurant, dans une espèce (particulière, il est vrai), le Conseil d'Etat a visé implicitement le principe *Patere legem quam ipse fecisti* :

C.E., 6 mai 1985, *M. Ricard* : « Considérant que si les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à l'administration, seule compétente pour régler l'organisation du service public, de modifier unilatéralement de tels contrats, **elle ne peut légalement faire usage de ce pouvoir, dans le cas d'un contrat qui, comme le contrat d'abonnement téléphonique ordinaire a un contenu entièrement défini par voie législative et réglementaire, qu'en apportant des modifications à ces dispositions générales** ; [...] », arrêt précité.

**Il convient de ne pas confondre le pouvoir de modification unilatérale avec les techniques suivantes :** avenant, décision de poursuivre et marché complémentaire.

Pour des raisons d'opportunité, l'administration substitue de plus en plus souvent la technique de l'avenant à celle de la modification unilatérale.

Un **avenant** est un contrat écrit constatant un accord de volontés des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions de l'accord antérieur.

L'avenant peut modifier les obligations réciproques des parties sur de nombreux points, et avoir pour origine une initiative de l'une ou l'autre partie (CAA de Lyon, 30 août 1995, *Commune de Méribel-les-Allues*).

A noter qu'« aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin des travaux antérieure à sa signature » - C.E., 2 octobre 2002, *M. X...*

Mais, « sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. » - Article 19 du Code des marchés publics.

La **décision de poursuivre** (article 118 du Code des marchés publics) est une décision unilatérale de l'administration donnant ordre à l'entrepreneur de poursuivre les prestations au-delà du montant initial fixé par le marché. Elle ne peut être prise que lorsque le montant des prestations effectuées atteint le montant prévu au marché sans que l'objet de celui-ci s'en trouve atteint. Elle ne saurait donc être utilisée pour modifier l'objet du marché ni le volume des prestations prévues par le contrat.

Un **marché complémentaire** (article 35-III-1° du Code des marchés publics) est un contrat subséquent conclu, selon une procédure négociée, avec l'actuel cocontractant de l'administration pour des achats qui complètent ceux ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché. [/FIN]

\*\*\*

### **c - Le pouvoir de sanction**

Il vise à réprimer les défaillances contractuelles. Il se fonde sur la nécessité d'assurer, directement ou indirectement, malgré lesdites défaillances, la continuité du service de l'intérêt général, du service public et le bon fonctionnement de celui-ci.

Trois remarques s'imposent :

1. *C'est un pouvoir détenu de plein droit par l'administration* : l'administration détient ce pouvoir, que cela soit ou non stipulé dans le contrat - C.E., 31 Mai 1907, *Deplanque*, Rec. p.513 ;
2. *L'administration ne peut infliger de sanctions à son cocontractant sans l'avoir mis en demeure d'exécuter ses obligations* - respect des droits de la défense oblige, sauf urgence ou clause contraire.
3. *Le juge contrôle la légalité des sanctions*. Mais, en principe, le juge ne peut pas annuler les sanctions prises par l'administration. S'il les trouve injustifiées, il peut seulement condamner l'administration à verser une indemnité. Par exception, dans le cas de certains contrats, le juge pourra annuler les sanctions irrégulières. Il s'agit des contrats suivants (**a** et **b**) :

#### **a. contrats de concession et autres contrats impliquant des investissements importants** (le juge peut annuler uniquement les mesures de résiliation prises par l'administration) :

C.E., Sect., 26 novembre 1971, *Société Industrielle Municipale et Agricole de fertilisants humiques et de récupération (S.I.M.A.)*

CAA de Paris, 29 décembre 1989, *MAISON DE SANTE DE VIEILLE- EGLISE* : « Considérant que, si le juge des contestations relatives aux contrats administratifs n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer l'annulation des **mesures de résiliation** prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à **indemnité**, il en est autrement lorsqu'il s'agit de **contrats de concession ou de contrats de longue durée nécessitant des investissements importants** dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée du contrat et comportant pour le

cocontractant de l'administration des garanties analogues à celles accordées aux concessionnaires ; [...]»

**b. contrats conclus entre personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public** (le juge peut annuler toute mesure contraire aux clauses du contrat) :

C.E., 31 mars 1989, *DEPARTEMENT DE LA MOSELLE*.

C.E., 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine* :

« Considérant que si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public [...]»

► **Pour résumer, il y a trois hypothèses :**

1. sanctions prises par l'administration dans le cadre d'un contrat n'impliquant pas des investissements importants et non intervenu entre deux personnes publiques : le juge ne peut annuler ces sanctions ; s'il les estime irrégulières, il se contentera d'accorder une indemnité au cocontractant ;
2. sanctions prises par l'administration dans le cadre d'un contrat impliquant des investissements importants mais non intervenu entre deux personnes publiques : le juge ne peut annuler ces sanctions que si elles mettent fin aux relations contractuelles et à condition, bien sûr, qu'elles soient irrégulières ;
3. sanctions prises par l'administration dans le cadre d'un contrat intervenu entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public: s'il les estime irrégulières, le juge peut annuler ces sanctions, quel que soit leur objet.

► **Quelles sanctions l'administration peut-elle prononcer ?**

L'administration peut prononcer

1. **une résiliation-sanction.** Elle vise à réprimer un manquement, une faute grave du cocontractant. Elle met fin au contrat. Dans le cadre d'une concession, l'administration ne peut, en principe, prononcer une résiliation-sanction. En principe toujours, seul le juge a le pouvoir de prononcer une telle sanction dénommée *déchéance du concessionnaire* (à condition que le cocontractant ait commis une faute d'une particulière gravité – C.E., 12 mars 1999, *MERIBEL*) ;
2. **des sanctions pécuniaires.** Il s'agit de *pénalités* ou *d'amendes*. Les premières sont fixées à l'avance par le contrat et revêtent un caractère forfaitaire<sup>1</sup> ;
3. **des sanctions coercitives.** Elles permettent à l'administration d'évincer son cocontractant.

**Exemple** : Par incapacité ou mauvais vouloir, le cocontractant *C* s'abstient durablement d'exécuter ses obligations contractuelles. Continuité du service public oblige, l'administration va lui substituer un tiers *T*. Cette substitution ne met pas fin au contrat liant l'administration à *C*. Mais l'exécution du contrat sera assurée par *T* aux frais et risques de *C*.

Le nom de la procédure de substitution est variable :

- concession : *mise sous séquestre* ;

<sup>1</sup>L'administration les inflige à son cocontractant sans avoir à démontrer qu'elle a subi un préjudice.

- marché de travaux publics : *mise en régie* éventuellement suivie d'une *réadjudication à la folle enchère* ;
- marché de fournitures : *exécution par défaut*.

**N.B. :** En cas d'urgence et d'impuissance de l'administration, le juge des référés peut ordonner, éventuellement sous menace de sanctions pécuniaires, au cocontractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public (Cf. C.E., 29 juillet 2002, *CENTRE HOSPITALIER D'ARMENTIERES* ; cf. supra Cours sur le Service public)

#### ***d - Le pouvoir de résilier le contrat dans l'intérêt du service***

► Il ne doit pas être confondu avec le pouvoir de résiliation-sanction.

► Il se fonde sur le principe de mutabilité du service public. Le contrat a été conclu dans l'intérêt du service. A un moment donné, il ne cadre plus avec cet intérêt qui est évolutif. Il est légitime d'y mettre un terme. Le cocontractant recevra une indemnisation adéquate pour le préjudice subi - C.E., Ass. plén., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. p.246.

L'exercice de ce pouvoir n'équivaut donc pas à une sanction ; il peut s'appliquer à tous les contrats administratifs contrairement à la résiliation-sanction - Cf. *supra*. Au demeurant, il a été

- jugé par le Conseil constitutionnel conforme aux principes applicables aux contrats administratifs - CC, décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec. p. 36,
- et reconnu par le droit européen : il appartient « à tout État un pouvoir souverain de modifier, voire de résilier un contrat conclu avec des particuliers » - CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*.

#### ***e - Les obligations de l'administration contractante***

La plupart des obligations de l'administration contractante font pendant aux droits de son cocontractant - Cf. *infra*, les droits du cocontractant.

Les autres ne se distinguent guère des devoirs généraux de l'administration :

- obligation de respecter les stipulations contractuelles aussi longtemps qu'elles n'aient pas été régulièrement modifiées (unilatéralement ou par accord),
- obligation d'user des prérogatives uniquement en vue de l'intérêt général,
- obligation d'agir dans le respect des formes et procédures prescrites.

## ***2 - Les droits et obligations du cocontractant de l'administration***

### ***a - Les droits***

Le cocontractant a droit aux prestations stipulées au contrat ou impliquées par celui-ci :

- *droit au matériel promis* par l'administration ;
- *droit au règlement du prix* qui constitue sa rémunération. En principe, le prix est définitif, mais les parties peuvent inclure dans le contrat une clause de variation ou de révision du prix. La première est automatique, au contraire de la seconde ;
- *droit à certaines indemnités*, même dans le silence du contrat :
  - indemnité pour responsabilité de l'administration contractante,
  - indemnité en application des théories de l'équation financière, du fait du prince, de l'imprévision et des sujétions imprévues - Cf. *infra* B - *L'influence des faits nouveaux*.
  - indemnité pour prestations supplémentaires indispensables effectuées spontanément.

### Développements additionnels exclus des révisions :

[DEBUT] ***Illustration concrète des travaux supplémentaires*** : sans ordre émanant de l'administration ni accord subséquent, le cocontractant a exécuté des travaux non prévus au contrat. Indemnité lui sera due si ces travaux étaient indispensables pour la bonne exécution de l'ouvrage commandé initialement :

C.E., 14 mai 1990, *ADMINISTRATION GENERALE DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE A PARIS* : « la société SICRA qui, se conformant à ces indications, a réalisé ces travaux de fondations supplémentaires est en droit, même en l'absence d'un ordre de service du maître de l'ouvrage, d'en obtenir le paiement dès lors qu'ils étaient indispensables pour l'exécution des ouvrages selon les règles de l'art ; que le montant de ces travaux s'est élevé à la somme non contestée de 768 293 F ;[...] ».

Il s'agit là d'une simple **application du principe de l'enrichissement sans cause** qu'il ne serait pas déraisonnable d'étendre aux modifications unilatérales du contrat décidées par l'administration elle-même :

« la CGEC ne produit aucune justification de nature à établir que les montants retenus par les premiers juges, qui ont en cela suivi l'expert, ne correspondraient pas à une juste rétribution desdits travaux et auraient pour conséquence d'induire un **enrichissement sans cause** du maître de l'ouvrage ; » - CAA de Paris 6 février 2001, *SEMAEC*.

**Au fond, ces travaux supplémentaires spontanés correspondent à une modification unilatérale de fait opérée par le cocontractant.**

Le caractère **prévisible** des travaux supplémentaires indispensables est propre à minorer l'indemnité versée au cocontractant.

Si les travaux supplémentaires spontanés n'étaient pas indispensables mais simplement utiles à l'administration, le juge se montre réticent à accorder une indemnité au cocontractant :

« [...] par suite, et même si l'expert a qualifié le travail effectué d'utile eu égard à l'économie réalisée sur le prix d'une bâche neuve évaluée à 100.000 F, ces faits ne suffisent pas à établir le caractère indispensable desdits travaux pour la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ; [...] » - CAA de Paris 6 février 2001, *SEMAEC*, *arrêt précité*.

### Précisions concernant le règlement du prix :

Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai maximum fixé par voie réglementaire.

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai. [FIN]

\*\*\*

### **b - Les obligations**

Le cocontractant est tenu d'exécuter ses obligations contractuelles. Cette exécution doit être :

- *personnelle* : la sous-traitance est subordonnée à l'agrément explicite ou tacite de l'administration contractante,
- *intégrale*,
- *effectuée dans les délais convenus*.

Bien entendu, le cocontractant ne peut modifier (juridiquement) ses prestations qu'avec l'accord de l'administration contractante (CAA de Lyon, 30 août 1995, *Commune de Méribel-les-Allues*).

Seuls événements pouvant libérer le cocontractant de ses obligations : la force majeure ou le fait de l'administration rendant impossible l'exécution du contrat.

### **Précisions relatives à la sous-traitance :**

L'article 112 du code des marchés publics dispose : « Le titulaire d'un marché public de travaux ou d'un marché public de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne publique contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. »

Le silence de la personne publique contractante gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception de la demande de sous-traitance vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant de celui-ci.

Le sous-traitant a droit, en principe, à un paiement direct auprès de la personne publique.

***Quelle est la nature juridique du contrat de sous-traitance ?***

**Réponse :** « Considérant que l'action engagée par la SCM MOMBAZET à l'encontre de la société ACTRA tend au paiement du solde du prix des travaux qu'elle prétend avoir réalisés *en sa qualité de sous-traitante* pour le compte de la RATP, maître de l'ouvrage ; qu'ainsi son action contre cette société ne peut avoir d'autre fondement que le contrat de sous-traitance conclu entre elles ; qu'alors même qu'il est relatif à l'exécution de travaux publics, *ce contrat, conclu entre deux personnes de droit privé, présente le caractère d'un contrat de droit privé* ; qu'il suit de là qu'il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître de ce litige ; » - T.C., 26 septembre 2005, *Société de Constructions Métalliques MOMBAZET*.

## B - L'influence des faits nouveaux

### Résumé et intérêt de cette partie du cours

#### Questions initiales :

- 1 – Qu'est-ce qui justifie les théories de l'équation financière, du fait du prince, de l'imprévision et des sujétions imprévues ?
- 2 – Ces théories sont-elles présentées de la même manière dans toutes les pages de doctrine ?

#### Réponses soutenues :

1 – Le service public et, partant, le service de l'intérêt général justifient les théories de l'équation financière, du fait du prince, de l'imprévision et des sujétions imprévues. En effet, un contrat administratif est nécessairement conclu dans l'intérêt général. Ces théories permettent essentiellement d'assurer, directement ou indirectement, la continuité du service de l'intérêt général, celle du service public et le maintien d'une certaine équité dans les relations contractuelles.

2 – *Ces théories sont-elles présentées de la même manière dans toutes les pages de doctrine ?*

Il y a presque autant de façons de présenter ces théories que d'auteurs. La présentation retenue ici est due au Doyen Vedel.

↓ Développement ↓

### 1 - L'équation financière et le fait du prince

Il s'agit de deux théories souvent confondues en doctrine, et, parfois, en jurisprudence – **La conception exposée ici est empruntée au Doyen Vedel.** Leur distinction se révèle significative et éclairante puisqu'elles désignent des réalités différentes et reconnues comme telles – par delà les logomachies, les querelles de mots.

*Ces deux théories trouvent à s'appliquer lorsque l'événement qui aggrave les charges du co-contractant est imputable à la personne publique contractante.* Malgré l'aggravation de ses

charges, le cocontractant doit effectuer ses prestations : continuité du service de l'intérêt général oblige. En contrepartie, il peut prétendre à une indemnité.

### a - L'équation financière

✓ **Définition** : théorie permettant l'indemnisation du cocontractant lorsque l'administration contractante, agissant en tant que partie au contrat, modifie unilatéralement et directement les modalités d'exécution du contrat ou les prestations du cocontractant.

Dans ce cas de figure, l'administration ne fait qu'user de son pouvoir de modification unilatérale. Pouvoir qu'elle détient, de plein droit : il existe même s'il n'est pas stipulé dans le contrat administratif – moyen juridique utilisé : un **acte administratif individuel** - Cf. *supra*. Le cocontractant voit ses charges initiales aggravées. Il a droit à une compensation, à une indemnisation intégrale versée par l'administration contractante. Peu importe l'ampleur de l'aggravation des charges.

**Exemple** : Une commune (représentée par son maire) signe un contrat de concession avec une société privée. En vertu de ce contrat, la société concessionnaire a la charge d'organiser les transports publics en percevant des redevances sur les usagers. Ultérieurement, le maire exige que la société concessionnaire augmente le nombre des véhicules mis en service. Il s'agit d'un cas d'équation financière et non du fait du prince parce que le maire visait directement le contrat ; il a agi comme partie contractante. Si, par extraordinaire, cette mesure qui visait directement le contrat était le fait de l'Etat (partie non contractante), on écarterait la théorie de l'équation financière au profit de l'imprévision.

La théorie de l'équation financière a comme fondement l'idée que l'**équilibre financier** du contrat initialement voulu par les parties doit être préservé ou rétabli, parfois dans l'intérêt général.

**Exemple** : C.E., 20 mai 1994, *Société LE GARDIENNAGE INDUSTRIEL DE LA SEINE* :  
« Considérant, d'une part, que la société LE GARDIENNAGE INDUSTRIEL DE LA SEINE ne pourrait fonder ses prétentions à être indemnisée de ses pertes d'exploitation **sur le fondement de l'équilibre financier des contrats de concession** que dans le cas où le SYNDICAT DES TRANSPORTS PARISIENS aurait unilatéralement modifié lesdits contrats ;[...] »

Le Conseil d'Etat voit dans ce droit au maintien de l'équilibre financier du contrat un **principe** d'équité qui ne saurait être valablement écarté par des stipulations contractuelles :

**Exemple** : C.E., 6 mars 1989, *UNION DES TRANSPORTEURS EN COMMUN DE VOYAGEURS DES BOUCHES-DU-RHONE* :

«[...] ces stipulations, qui sont d'ailleurs conformes aux dispositions des articles 9 et 10 du décret du 29 octobre 1980, ne sauraient avoir pour effet de limiter à l'avance le droit éventuel à indemnité de l'exploitant au cas où l'autorité organisatrice lui imposerait, en cours de contrat, des **sujétions imprévisibles lors de la signature de ce contrat** ; que, par suite, le moyen tiré de la violation du **principe suivant lequel le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat** n'est pas fondé ;[...] »

Dans l'extrait ci-dessus, par *imprévisible*, il faut entendre *qui ne pouvait se déduire des clauses du contrat*.

L'administration contractante commettrait une **faute** si, après avoir rompu unilatéralement cet équilibre, elle ne le rétablissait pas par le versement d'une indemnité adéquate.

**Exemple** : C.E., 12 mars 1999, *MERIBEL* :  
« Considérant que, par la délibération du 22 mai 1990, le conseil municipal de la commune des Allues a émis le souhait que le "Centre Gacon" ne soit pas fermé avant 1992, alors que les terrains correspondants devaient être remis à la société concessionnaire au plus tard le 31 décembre 1989 ; qu'à la suite de cette délibération et compte tenu de l'hostilité de la population de la commune au projet de fermeture du "Centre Gacon", la commune a entendu **modifier unilatéralement le contrat de concession** sur ce point ; que, saisie à plusieurs reprises et notamment par la lettre susmentionnée du 21 août 1990, par la société concessionnaire

**afin de voir l'équilibre financier du contrat rétabli**, la commune a refusé de faire droit à ces demandes ; que les **fautes ainsi commises par la commune** sont suffisamment graves pour justifier la résiliation de la concession à ses torts ;[...] »

### *b - Le fait du prince*

✓ **Définition** : théorie permettant l'indemnisation du cocontractant lorsque l'administration contractante, bien qu'elle n'agisse pas en tant que partie au contrat, modifie unilatéralement et indirectement les modalités d'exécution du contrat ou les prestations du cocontractant.

L'administration intervient, non en sa qualité de partie, mais en tant que **puissance publique** (d'où *Prince*), sur le fondement de ses compétences générales, au moyen, en principe, d'un **acte réglementaire** (une des différences avec la modification unilatérale directe – Cf. supra l'étude de ce pouvoir). Elle peut intervenir, par exemple, sur le fondement de ses compétences de police.

**Exemple** : Une commune (représentée par son maire) signe un contrat de concession avec une société privée. En vertu de ce contrat, la société concessionnaire a la charge d'organiser les transports publics en percevant des redevances sur les usagers. Ultérieurement, le maire institue pléthore de voies à sens uniques s'imposant à tous les véhicules. Les charges du concessionnaire seront aggravées. Il s'agit du fait du prince, et non d'un cas d'équation financière, parce que le maire ne visait pas directement le contrat ; il a agi comme autorité de police. Si, par extraordinaire, ces mesures de police qui ne visaient pas directement le contrat étaient le fait de l'Etat (partie non contractante), on écarterait la théorie du fait du prince au profit de l'imprévision.

La jurisprudence subordonne l'indemnisation à **deux conditions** :

1. la mesure doit avoir porté atteinte à l'**objet** même du contrat,
2. la mesure devait être **imprévisible** à la date de la signature du contrat.

**Illustration concrète** : CAA de Paris, 23 juillet 1991, *Société COFIROUTE* :

**Faits et procédure** : La société COFIROUTE, a conclu avec l'Etat un contrat de concession pour la construction et l'exploitation d'un réseau d'autoroutes.

Ultérieurement, par un arrêté en date du 7 mars 1975, l'Etat a fixé **de manière générale** les modalités d'application du contrôle des prix aux péages d'autoroutes.

La société COFIROUTE a demandé au tribunal administratif de Paris puis à la Cour administrative d'appel de Paris la condamnation de l'Etat à réparer le préjudice financier qu'elle estime avoir subi dans son exploitation du fait de cette mesure de plafonnement des tarifs de péage.

**Décision** : La Cour administrative d'appel de Paris rejette l'appel formé par la société COFIROUTE au double motif que l'arrêté du 7 mars 1975

- d'une part n'avait pas porté atteinte à l'objet même du contrat
- et d'autre part n'était pas imprévisible à la date de signature du contrat de concession.

« Considérant que l'arrêté du 7 mars 1975, qui fixe de manière générale les modalités d'application du contrôle des prix aux péages d'autoroutes, notamment par l'obligation pour les sociétés concessionnaires de déposer leurs barèmes un mois à l'avance et la faculté pour le ministre de l'économie et des finances de s'opposer à l'application desdits barèmes après un examen portant notamment sur les problèmes posés par le financement des autoroutes, **n'a pas porté atteinte à l'objet même du contrat** ; que contrairement à ce qu'allègue la requérante, l'objet de la concession n'était pas la liberté tarifaire, mais la construction et l'exploitation d'autoroutes ; que l'ordonnance du 30 juin 1945 concerne les prix de tous les produits et services, à l'exception de ceux qui sont expressément placés hors de son champ d'application par une disposition de l'ordonnance elle-même ou par une disposition législative postérieure ; qu'en l'absence de toute disposition législative exceptant de cette législation les péages d'autoroutes, et compte tenu de la nature de ces péages, l'application de mesures de contrôle des prix à ces péages **était envisageable à la date de signature du contrat de concession** ; qu'au surplus, l'application effective de telles mesures était connue lors de la signature de l'avenant du 13 octobre 1977 ; qu'ainsi le plafonnement des tarifs de péage n'a pu modifier l'état des choses en fonction duquel les parties avaient traité ; que, dès lors, la société COFIROUTE n'est pas fondée à soute-

nir qu'elle aurait subi, du fait de l'autorité concédante, un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnisation; [...] »

► **La théorie du fait du prince se fonde**

1. sur la continuité du service de l'intérêt général et du service public : le cocontractant sert, directement ou indirectement, le service public. S'il n'était plus à même d'exécuter ses obligations, le fonctionnement du service public pourrait être entravé, le service de l'intérêt général compromis ;
2. sur l'idée d'équilibre financier (Cf. supra l'équation financière).

L'action en indemnité du cocontractant pour fait du prince (ou dans le cadre de l'équation financière) se situe sur le terrain de la **responsabilité contractuelle** et non sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle.

**Illustration** : CAA de Paris, 23 juillet 1991, *Société COFIROUTE*, arrêt précité :

« Sur la responsabilité pour faute :

Considérant que la société COFIROUTE, liée à l'Etat par un contrat de concession, **ne peut utilement invoquer la responsabilité quasi-délictuelle** qui découlerait de l'illégalité fautive des mesures d'application du contrôle des prix prises à l'égard de la société ; que dès lors, la société COFIROUTE n'est pas fondée à se plaindre que, par les jugements attaqués, le tribunal administratif de Paris a considéré que la responsabilité pour faute de l'Etat ne pouvait être engagée à son égard ; [...] »

D'une manière générale :

« lorsqu'une faute ayant le caractère d'une faute quasi-délictuelle a un lien avec un contrat, la responsabilité délictuelle est absorbée par la responsabilité contractuelle » - CA.A. de Paris, 22 avril 2004, *Société Bouygues et autres*.

## 2 - L'imprévision et les sujétions imprévues

Elles se fondent sur la nécessité d'assurer la continuité du service de l'intérêt général, et, directement ou indirectement, celle du service public. *Elles trouvent à s'appliquer lorsque l'événement qui aggrave les charges du cocontractant n'est pas imputable à la personne publique contractante.*

### a - La théorie de l'imprévision

Les principes de l'imprévision ont été dégagés par deux décisions complémentaires : C.E., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (Rec. p.125) - ou arrêt *Gaz de Bordeaux* ; C.E. Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* (Rec. p. 1050).

✓ **Définition** : théorie permettant d'obliger l'administration contractante à aider financièrement son cocontractant lorsqu'un événement imprévisible, anormal et indépendant de la volonté des parties bouleverse l'économie du contrat.

► **Elle a pour justification la nécessité d'assurer la continuité du service de l'intérêt général, et, directement ou indirectement, celle du service public :**

« Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer le **marche du service public** dont il a la charge [...] » C.E. Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*.

► Nous sommes loin du principe consacré, le 6 mars 1876, par la Cour de cassation, dans la célèbre **affaire du Canal de Craponne**, au sujet des contrats de droit privé :

« [D]ans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ; » - Civ. 8 mars 1876, *Commune de Pélissanne c. marquis de Galliffet*.

► **La jurisprudence a clarifié les conditions d'application de l'imprévision.**

**Illustration** : CAA de Douai, 27 mars 2001 *SA Société Française d'Assainissement et de Services* : « [...] que, par suite, la SA société française d'assainissement et de services n'établit pas l'existence d'un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement **imprévisible indépendant** de l'action des contractants ayant entraîné un **bouleversement de l'économie du contrat** ; qu'elle n'est dès lors pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont rejeté ses conclusions tendant à l'allocation d'une indemnité au titre de l'**imprévision** ; [...] »

► **Les conditions d'application de l'imprévision sont donc au nombre de trois :**

1. *un événement imprévisible* (et donc anormal) à la date de la signature du contrat. Tout contrat à long terme comporte des aléas. Mais il existe deux sortes d'aléas : les aléas ordinaires que le cocontractant a accepté d'assumer, et les aléas extraordinaires. Ceux-ci sont des "événements déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire lors de la conclusion du contrat". Un événement imprévisible constitue un aléa extraordinaire.

**Exemples** : Événement économique : la hausse du prix du pétrole (ou du charbon) ; événement naturel : séisme d'une violence exceptionnelle ; événement juridique : mesure prise par une autre personne publique. Il convient de s'assurer, au cas par cas, que ces événements sont réellement imprévisibles ;

2. *un événement étranger à la volonté des parties*. S'il ne présente pas ce caractère, il s'agit du fait du prince, de l'équation financière ou d'une faute du cocontractant ;

3. *un événement bouleversant l'économie du contrat*. L'événement engendre une charge extra-contractuelle, une situation extra-contractuelle. Il s'agit d'un déficit important et non d'une simple diminution du profit.

Le juge a estimé qu'un surcoût de 7% du montant du marché ne pouvait, « dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme ayant entraîné un bouleversement de l'économie du marché qui, seul, aurait pu ouvrir droit à indemnité » au profit du cocontractant – CAA de Paris, 26 mai 1998, *SA SPIE Batignolles*.

► **Si l'événement présente ces trois caractères, le juge en tire certaines conséquences :**

1. En dépit de ses nouvelles charges, le cocontractant *doit exécuter* intégralement ses obligations - continuité du service de l'intérêt général et du service public oblige.

2. Il a droit à une compensation financière appelée *indemnité d'imprévision*. Faute d'accord entre les parties, c'est le juge qui en fixe le montant. L'indemnité ne couvre pas la totalité des charges extra-contractuelles - 90 à 95%. Elle n'a ni pour objet ni pour effet d'enrichir le cocontractant qui doit supporter la part imputable aux aléas ordinaires. En fait, l'indemnité est établie « en fonction des circonstances de l'affaire et, en particulier, des diligences du cocontractant pour surmonter ses difficultés » - Catherine Bergeal, conclusions sur C.E., 4 juin 2000, *Commune de Staffelfelden* ; C.J.E.G. n° 571, p.475.

A noter qu'**une indemnité d'imprévision « peut être accordée même si le contrat a pris fin »** - C.E., Sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sufilia*, Rec. p. 153. Explication étonnante donnée dans cette affaire par le commissaire du gouvernement Labetoulle : c'est encore honorer le principe de continuité que « de dire au cocontractant que pour tout moment de son contrat, l'obligation qui pèse sur lui d'assurer cette continuité est virtuellement porteuse, le cas échéant, d'une compensation financière ».

► La théorie de l'imprévision s'applique à des situations temporaires. **Si le déficit devient permanent et définitif, les difficultés sont assimilées à la force majeure.**

➤ Chacune des parties peut, alors, demander au juge la résiliation du contrat : C.E., Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* :

« Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un **cas de force majeure** et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la **résiliation** de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ; [...]

Pour une application plus récente, voir C.E., 4 juin 2000, *Commune de Staffelfelden* ; C.J.E.G. n° 571, p.476.

**Exemple d'application de la théorie de l'imprévision** : A (une commune, donc personne publique) conclut un contrat C avec B (personne privée). E (l'Etat) prend des mesures juridiques qui répondent aux critères présentés plus haut. La théorie de l'imprévision s'appliquera au contrat C. Si ces mesures juridiques étaient le fait de A, on écarterait la théorie de l'imprévision au profit soit du fait du prince, soit de l'équation financière.

La théorie de l'imprévision est en perte de vitesse en raison de la prévoyance des parties qui insèrent souvent dans les contrats des clauses de révision ou de variation des prix.

### **b - La théorie des sujétions imprévues**

Elle a pour justification la nécessité d'assurer, directement ou indirectement, la continuité du service de l'intérêt général et du service public.

Elle est propre aux marchés de travaux publics.

Elle s'applique en cas de difficulté d'ordre matériel que les parties ne pouvaient prévoir. Difficulté aggravant anormalement les charges de l'entrepreneur - roche particulièrement dure, nappe d'eau inattendue. L'indemnisation est intégrale.

**Conditions** : « pour ouvrir droit à réparation les sujétions imprévues doivent présenter un caractère **exceptionnel** et **imprévisible** » à la date de la signature du contrat - CAA de Paris, 20 juin 1991, *Société "AQUITECH"*.

**N.B.** : les sujétions imprévues procèdent d'une **responsabilité extracontractuelle**.

**Illustration** : « Considérant qu'en première instance la requérante n'a invoqué que le fondement de la responsabilité extracontractuelle à raison des sujétions imprévues auxquelles elle s'est estimée confrontée ; qu'elle prétend faire valoir en outre en appel que la responsabilité des intimés est engagée tant à raison de fautes contractuelles du maître de l'ouvrage tenant au défaut de souscription d'une police d'assurance appropriée que du fait du prince qui lui serait en l'espèce imputable ; qu'en ce qui concerne le premier de ces fondements ses prétentions sont fondées sur une cause juridique distincte et constituent ainsi une demande nouvelle comme telle irrecevable en appel ; [...] » - CAA de Paris, 20 juin 1991, *Société "AQUITECH"*.

## **3 - La force majeure**

C'est un événement susceptible de libérer le cocontractant de ses obligations contractuelles.

On en sait les caractères :

- indépendant de la volonté des parties,
- imprévisible dans sa survenance
- et irrésistible dans ses effets : elle rend absolument impossible l'exécution du contrat - Il ne s'agit pas d'une simple difficulté d'exécution.

Rappelons que le déficit permanent et définitif consécutif à une situation d'imprévision est assimilé à un cas de force majeure.

La force majeure permet au cocontractant peut demander au juge la résiliation du contrat. Les effets de la force majeure sont limités à la durée de l'événement.

## **Conclusion**

Modes de terminaison des contrats administratifs :

### **1 - Les fins normales :**

- i.** Survenance du terme convenu
- ii.** Achèvement des prestations

### **2 - Les fins anticipées :**

- i.** La résolution du contrat : en cas de dol, par exemple (CE., 18 mai 2004, *SNCF*)
- ii.** L'accord des parties
- iii.** La nullité prononcée par le juge à la diligence de l'une des parties
- iv.** La résiliation prononcée par le juge - force majeure ou charges nouvelles excédant les limites normales
- v.** La résiliation prononcée unilatéralement par l'administration : elle peut toujours être décidée au nom de l'intérêt général. Si elle constitue une sanction, l'administration ne peut la prononcer dans le cas de la concession ; elle doit recourir au juge.

\*\*\*\*\*

# ANNEXES

Rappel : ces annexes sont aussi importantes que le cours proprement dit.

## Annexe I

### Démarche à suivre pour répondre à la question X: l'acte C est-il un contrat administratif ?

**I** – Se rappeler et noter que la qualification de contrat administratif présuppose la qualification de contrat.

**II** – Comprendre et noter les circonstances de fait qui sont à l'origine de la question X.

**III** – Se poser deux questions :

1 - l'acte C est-il un contrat ?

2 - l'acte C est-il un contrat administratif ?

#### 1 - L'acte C est-il un contrat ?

La réponse à cette question dépend de la réponse à la question suivante : *est-ce que le destinataire de l'acte C est aussi, juridiquement, l'auteur de cet acte ?* Si oui, vous êtes en présence d'un contrat, avec au moins deux parties, deux *côtés*. Sinon, il s'agit d'un acte unilatéral.

Si l'acte C n'est pas un contrat, vous n'irez pas plus loin; vous pouvez répondre à la question X : l'acte C n'est pas un contrat administratif; il est peut-être administratif mais ce n'est pas un contrat (souvenez-vous que la qualification de contrat administratif présuppose la qualification de contrat ; si la qualification de contrat fait défaut, l'acte ne peut être qualifié de contrat administratif)

Supposons que vous ayez établi que l'acte C est un contrat. Vous pouvez donc passer à la question suivante.

#### 2 - L'acte (le contrat) C est-il un contrat administratif ?

Avant toute autre initiative, posez-vous la question suivante : le contrat C fait-il partie des contrats dont la nature est prédéterminée par la loi ou par la jurisprudence ? En d'autres termes, le contrat C fait-il partie des contrats administratifs par détermination de la loi ou des contrats de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence ?

Pour répondre à cette question, vous devez vous remémorer et noter la liste (assez courte) des contrats administratifs par détermination de la loi ou des contrats de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence.

Deux éventualités sont envisageables :

**1<sup>e</sup> éventualité** : le contrat **C** fait partie des contrats dont la nature est prédéterminée par la loi ou par la jurisprudence. Si le contrat **C** figure dans la liste des contrats administratifs par détermination de la loi, votre quête est achevée. Vous pouvez répondre à la question **X** : le contrat **C** est un contrat administratif, plus précisément un contrat administratif par détermination de la loi car, par exemple, la loi a confié son contentieux aux juridictions administratives.

Si le contrat **C** figure dans la liste des contrats de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence, vous n'irez pas plus loin. Vous pouvez répondre à la question **X** : le contrat **C** est un contrat de droit privé, plus précisément un contrat de droit privé par détermination, selon les cas, de la loi ou de la jurisprudence, car, par exemple, soit la loi a confié son contentieux aux juridictions judiciaires, soit la jurisprudence estime que son contentieux est toujours judiciaire (c'est le cas du contrat conclu entre un service public à caractère industriel et commercial et l'un de ses usagers en vue de fournir à ce dernier des prestations de service).

**2<sup>e</sup> éventualité** : le contrat **C** ne fait pas partie des contrats dont la nature est prédéterminée par la loi ou par la jurisprudence. Pas de conclusions hâtives, votre quête continue. Posez-vous la question suivante : le contrat **C** peut-il être qualifié de contrat administratif en application des critères jurisprudentiels ? Rappelez-vous et notez ces critères. Tâchez ensuite de les appliquer au contrat **C**.

**1<sup>er</sup> critère jurisprudentiel** : la condition *sine qua non*, à savoir la présence directe d'une personne publique ou sa représentation (mandat, action pour le compte de...). Une personne publique est-elle partie directement ou indirectement au contrat **C**? Si vous êtes sûr(e) qu'aucune personne publique n'est partie au contrat, que derrière l'une des personnes privées il n'y a pas de personne publique, vous pouvez répondre à la question **X** : le contrat **C** n'est pas un contrat administratif. En revanche, si une personne publique est partie directement ou indirectement au contrat **C**, vous passerez à l'étape suivante avant de répondre à la question **X**.

**2<sup>e</sup> critère jurisprudentiel** : une condition supplémentaire, à savoir la présence de clauses exorbitantes, la présence d'un régime exorbitant ou la relation avec l'exécution d'un service public. Si aucune de ces conditions supplémentaire n'est remplie, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** n'est pas un contrat administratif. Sinon, voici les hypothèses envisageables :

**1<sup>e</sup> hypothèse** : le contrat **C** contient, directement ou par le biais d'un cahier des charges, des clauses exorbitantes ou a été conclu sous un régime exorbitant. Interrogez-vous : le contrat **C** a-t-il été passé entre un service public à caractère industriel et commercial et l'un de ses usagers en vue de fournir à ce dernier des prestations de service? En cas de réponse positive, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** n'est pas un contrat administratif. En effet, selon la jurisprudence, un contrat de ce type est toujours un contrat de droit privé. Si, en revanche, le contrat **C** n'a pas été passé entre un service public à caractère industriel et commercial et l'un de ses usagers en vue de fournir à ce dernier des prestations de service, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** est un contrat administratif.

**2<sup>e</sup> hypothèse** : le contrat **C** est en relation avec l'exécution d'un service public. Trois questions viennent à l'esprit

**1<sup>e</sup> question** : s'agit-il d'un contrat par lequel le cocontractant est habilité à gérer le service public ou à participer à son exécution (contrat de délégation de service public ou marché de service public) ? Si oui, que le service public soit administratif ou industriel et commercial, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** est un contrat administratif. Si vous n'avez affaire ni

à un contrat de délégation de service public ni à un marché de service public, passez à la question suivante.

**2<sup>e</sup> question** : s'agit-il d'un contrat par lequel le cocontractant est recruté comme agent du service public ? En cas de réponse positive, demandez-vous s'il s'agit d'un service public à caractère administratif ou d'un service public à caractère industriel et commercial.

Si il s'agit d'un service public à caractère administratif, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** est un contrat administratif - T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon* - ou arrêt *Berkani*.

Si, en revanche, il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial et si l'agent recruté n'est ni un comptable public ni le directeur de l'ensemble des services, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** n'est pas un contrat administratif.

Si vous n'avez pas affaire à un contrat par lequel le cocontractant est recruté comme agent du service public, vous pouvez passer à la question suivante.

**3<sup>e</sup> question** : s'agit-il d'un contrat passé entre un service public à caractère administratif et l'un de ses usagers en vue de fournir à ce dernier des prestations de service ? En cas de réponse positive, vous répondrez à la question **X** : le contrat **C** est un contrat administratif. En cas de réponse négative, parcourez à nouveau les étapes précédentes avant de conclure : le contrat **C** n'est pas un contrat administratif.

Bien entendu, si, par extraordinaire, le contrat **C** remplissait simultanément **toutes** les conditions supplémentaires, vous le tiendriez pour un contrat administratif.

\*\*\*\*\*

## Annexe II

### Démarche à suivre pour répondre à la question X : l'acte Z est-il un acte administratif ?

Cette question s'adresse à votre esprit de synthèse :

**1** - sachant qu'un acte administratif est soit un acte administratif unilatéral soit un contrat administratif,

**2** - sachant également que les critères permettant d'établir qu'un acte administratif est un acte administratif unilatéral sont différents des critères permettant de démontrer qu'un acte administratif est un contrat administratif,

**3** - pour répondre à la question X "l'acte Z est-il un acte administratif", vous devez d'abord vous poser la question suivante : ai-je affaire à un acte unilatéral ou à un contrat ? Bien entendu, vous avez appris à répondre à cette dernière question (*Cf. actes administratifs unilatéraux*),

**4** - si vous avez affaire à un acte unilatéral, vous appliquerez la méthode permettant d'établir qu'un acte unilatéral est un acte administratif unilatéral (*Cette méthode est présentée à la fin du cours sur les actes administratifs unilatéraux*),

**5** - si, en revanche, vous avez affaire à un contrat, vous appliquerez la méthode permettant d'établir qu'un contrat est un contrat administratif. (*Cette méthode est présentée ci-dessus, à la fin du cours sur les contrats administratifs*).

\*\*\*\*\*

## Annexe III

**Démarche à suivre pour répondre à la question X : en cours d'exécution, les charges du cocontractant ayant été aggravées, doit-on appliquer la *théorie de l'équation financière*, la *théorie du fait du prince* ou la *théorie de l'imprévision* ?**

**I** – Se rappeler et noter les définitions de ces différentes théories

**II** – Comprendre et noter les circonstances de fait qui sont à l'origine de la question

**III** – Interrogez-vous : l'aggravation des charges du cocontractant est-elle ou non le fait de l'autre partie (c'est-à-dire de la personne publique contractante) ?

***1<sup>er</sup> cas de figure : l'aggravation des charges du cocontractant est le fait de l'autre partie (c'est-à-dire de la personne publique contractante)***

Vous pouvez écarter l'imprévision. Il vous reste à choisir entre l'équation financière et le fait du prince. Pour choisir, posez-vous la question suivante : la personne publique contractante qui a ainsi aggravé les charges de son cocontractant a-t-elle agi en sa qualité de partie au contrat ? Autrement dit, visait-elle directement le contrat ?

*1<sup>er</sup> hypothèse* : la personne publique contractante qui a ainsi aggravé les charges de son cocontractant a agi en sa qualité de partie au contrat. Autrement dit, elle visait directement le contrat. La réponse à la question **X** est : on appliquera la théorie de l'équation financière.

*2<sup>e</sup> hypothèse* : la personne publique contractante qui a ainsi aggravé les charges de son cocontractant n'a pas agi en sa qualité de partie au contrat. Autrement dit, elle ne visait pas directement le contrat. La réponse à la question **X** est : on appliquera la théorie du fait du prince.

***2<sup>e</sup> cas de figure : l'aggravation des charges du cocontractant n'est pas le fait de l'autre partie (c'est-à-dire de la personne publique contractante)***

Elle est due soit à un tiers (par exemple, l'Etat) soit à un phénomène naturel, social... Vous pouvez écarter l'équation financière et le fait du prince. Ne croyez surtout pas que vous allez *ipso facto* conclure qu'il y a lieu d'appliquer la théorie de l'imprévision. A ce stade, l'application de la théorie de l'imprévision est une simple possibilité. Avant de prendre une décision interrogez-vous : l'aggravation des charges et l'événement qui en est la cause répondent-ils aux critères dont dépend l'application de la théorie de l'imprévision? Rappel : événement imprévisible, anormal indépendant de la volonté des parties et bouleversant l'économie du contrat.

La réponse à cette question conditionnera votre réponse à la question **X**.

\*\*\*\*\*

## Questionnaire didactique

\*\*\*

### Aide à la compréhension et à la révision de ce cours

Les réponses aux questions qui suivent se trouvent dans le cours ainsi que sur [www.lex-publica.com](http://www.lex-publica.com) où elles font l'objet d'exercices interactifs.

- 1 - Dans quel cas, pouvez-vous affirmer, sans vous référer aux critères jurisprudentiels, que vous êtes en présence d'un contrat administratif ?
- 2 - Le service public contribue-t-il à identifier le contrat administratif ?
- 3 - Le contrat administratif contribue-t-il à identifier le service public ?
- 4 - Les trois propositions suivantes sont-elles exactes ?
  - a - seul un contrat auquel est partie une personne publique peut être administratif en application des critères jurisprudentiels,
  - b - un contrat auquel est effectivement partie une personne publique est nécessairement administratif en application des critères jurisprudentiels,
  - c - un contrat auquel est effectivement partie une personne publique et qui, de surcroît, satisfait à au moins une des conditions supplémentaires posées par la jurisprudence est nécessairement administratif en application des critères jurisprudentiels.
- 5 - Combien y a-t-il de manières de vous interroger sur la nature juridique d'un contrat ?
- 6 - Au stade de l'identification, c'est-à-dire de la qualification, à combien de types de contrats administratifs peut-on avoir affaire ?
- 7 - Nous nous sommes assuré que notre contrat n'était ni un contrat administratif par détermination de la loi ni un contrat de droit privé par détermination de la loi ou de la jurisprudence. Que devons-nous faire à présent ?
- 8 - Dans quels cas considère-t-on qu'une personne publique est effectivement partie au contrat ?
- 9 - Quels principes faut-il garder à l'esprit lorsque l'on considère le critère organique ?
- 10 - Est-il exact qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques peut être soit un contrat administratif soit un contrat de droit privé ?
- 11 - Est-il exact qu'un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut être un contrat administratif même si l'une de ces personnes gère un service public ?
- 12 - Tous les contrats administratifs sont-ils des marchés publics ou des contrats de délégation de service public ?
- 13 - Tous les marchés publics et tous les contrats de délégation de service public sont-ils des contrats administratifs ?
- 14 - Quel est l'enjeu de la distinction contrat de délégation de service public – marché public ?
- 15 - Rappeler la typologie des contrats de délégation de service public
- 16 - Rappeler la typologie des marchés publics
- 17 - Qu'est-ce qu'un marché mixte ?
- 18 - Est-il exact que le contrat d'habilitation à gérer un service public peut porter sur un service public administratif ou industriel et commercial ?
- 19 - Différence entre *personne responsable du marché*, *titulaire du marché* et *sous-traitant* ?
- 20 - Différence entre *maître d'ouvrage* et *maître d'œuvre* ?
- 21 - L'administration souhaite conclure un contrat. Doit-elle toujours respecter les mêmes règles ?
- 22 - Quels recours peut-on exercer pour assurer le respect des règles qui s'imposent à l'administration lors de la conclusion des contrats ou pour en faire sanctionner le non-respect ?
- 23 - L'*exceptio non adimpleti contractus* s'applique-t-elle à l'exécution des contrats administratifs ?

- 24 - Les parties ont-elles le droit de donner une portée rétroactive au contrat ?
- 25 - Qu'est-ce qui justifie les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs ?
- 26 - Les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration dans l'exécution des contrats administratifs sont-elles sans limites ?
- 27 - Définition, fondement et limites du pouvoir de modification unilatérale
- 28 - Définition, fondement, contenu et contrôle du pouvoir de sanction
- 29 - Combien de types de résiliation connaissez-vous ?
- 30 - Définitions et fondement des théories de l'équation financière, du fait du prince, de l'imprévision et des sujétions imprévues.
- 31 - Qu'est-ce qu'un contrat administratif ?
- 32 - Pourquoi avons-nous étudié le service public avant les actes administratifs ?
- 33 - Un *contrat de l'administration* est-il nécessairement un *contrat administratif* ?
- 34 - Un contrat contenant des clauses exorbitantes est-il nécessairement un contrat administratif ?
- 35 - Quelle différence y a-t-il entre le régime exorbitant et la clause exorbitante ?
- 36 - Un contrat conclu par deux personnes privées est-il nécessairement un contrat administratif ?
- 37 - Un contrat intervenu entre l'Etat et une commune est-il nécessairement un contrat administratif ?
- 38 - Quelle différence y a-t-il entre le mandat et *l'action pour le compte de* ?
- 39 - Par contrat, une commune a habilité une personne privée à gérer un service public industriel et commercial. Quelle est la nature de ce contrat ?
- 40 - Une jeune femme a été engagée contractuellement pour assurer des travaux dirigés à l'université. Quelle est la nature de son contrat d'engagement ?
- 41 - De quels pouvoirs l'administration dispose-t-elle à l'occasion de l'exécution d'un contrat administratif ?
- 42 - L'administration peut-elle résilier unilatéralement un contrat de concession
- a - à titre de sanction
  - b - dans l'intérêt du service ?
- 43 - Conditions et modalités de l'exercice, par l'administration,
- a - du pouvoir de modification unilatérale,
  - b - du pouvoir de sanction.
- 44 - Définitions de l'amende, de la pénalité, de la mise sous séquestre, de la mise en régie et de l'exécution par défaut.
- 45 - Le juge administratif peut-il annuler une sanction prise par l'administration à l'encontre de son cocontractant ?
- 46 - Un marché public est-il nécessairement un contrat administratif ?
- 47 - L'administration choisit-elle librement son cocontractant dans le cadre
- a - d'un marché public,
  - b - d'un contrat de délégation de service public ?
- 48 - Quel corps de règles doit-on appliquer à la conclusion d'un contrat par lequel l'administration habilite un particulier à gérer un service public
- le code des marchés publics,
  - ou la loi du 29 janvier 1993 ?
- 49 - L'administration peut-elle proroger indéfiniment un contrat de délégation de service public ?
- 50 - Peut-on former un recours pour excès de pouvoir contre un contrat administratif ?
- 51 - Quelles sont les conséquences de l'annulation des actes détachables d'un contrat ?
- 52 - Peut-on s'opposer à la conclusion d'un contrat si l'on estime que l'administration manque à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ?
- 53 - Une personne fait l'acquisition d'un billet auprès de la SNCF. Supposons que le contrat qui les lie, de ce fait, contienne des clauses exorbitantes du droit commun. S'agit-il d'un contrat administratif ?

**54** - L'administration signe un contrat. Elle y insère une clause qui renvoie au cahier des charges pour tout ce que le contrat ne règle pas expressément. Ce renvoi suffit-il pour conférer au contrat un caractère administratif ?

**55** - La ville de Toulouse charge l'entreprise Clean et Fils de gérer un service public : l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères. L'entreprise Clean et Fils tirera l'essentiel de sa rémunération des redevances payées par les usagers. Avons-nous affaire

1 - à un contrat de délégation de service public,

2 - à un marché de service public ?

**56** - Exposez la conception retenue par le Doyen Vedel en ce qui concerne les faits nouveaux susceptibles d'influer sur l'exécution des contrats administratifs.

**57** - Exposez les fins normales et les fins anticipées des contrats administratifs.

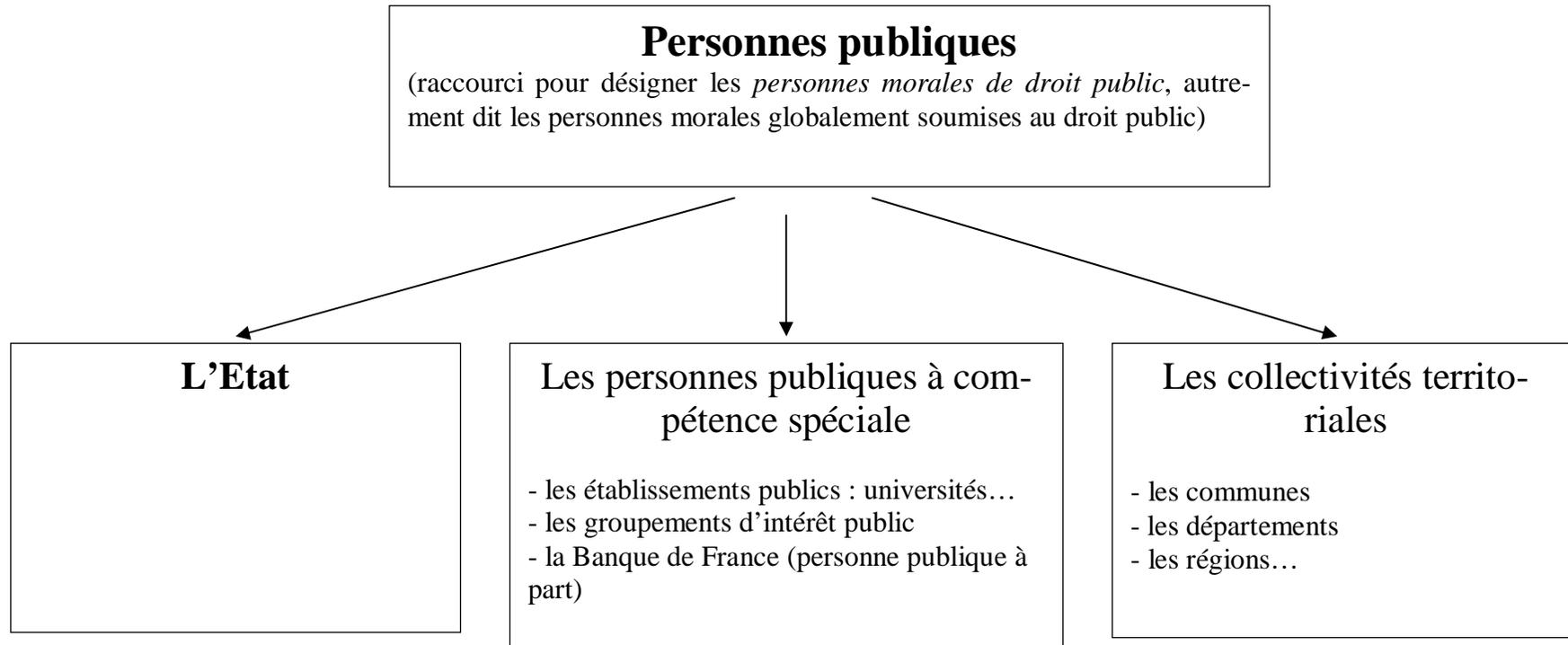
**59** - A bien des égards, les notions de service public et de contrat administratif sont étroitement liées. Vous le démontrerez d'une manière précise et concise.

**59** - Plus généralement, que vous inspire le rapprochement des concepts suivants : personne publique, personne privée, service public, police administrative, intérêt général et contrat administratif ?

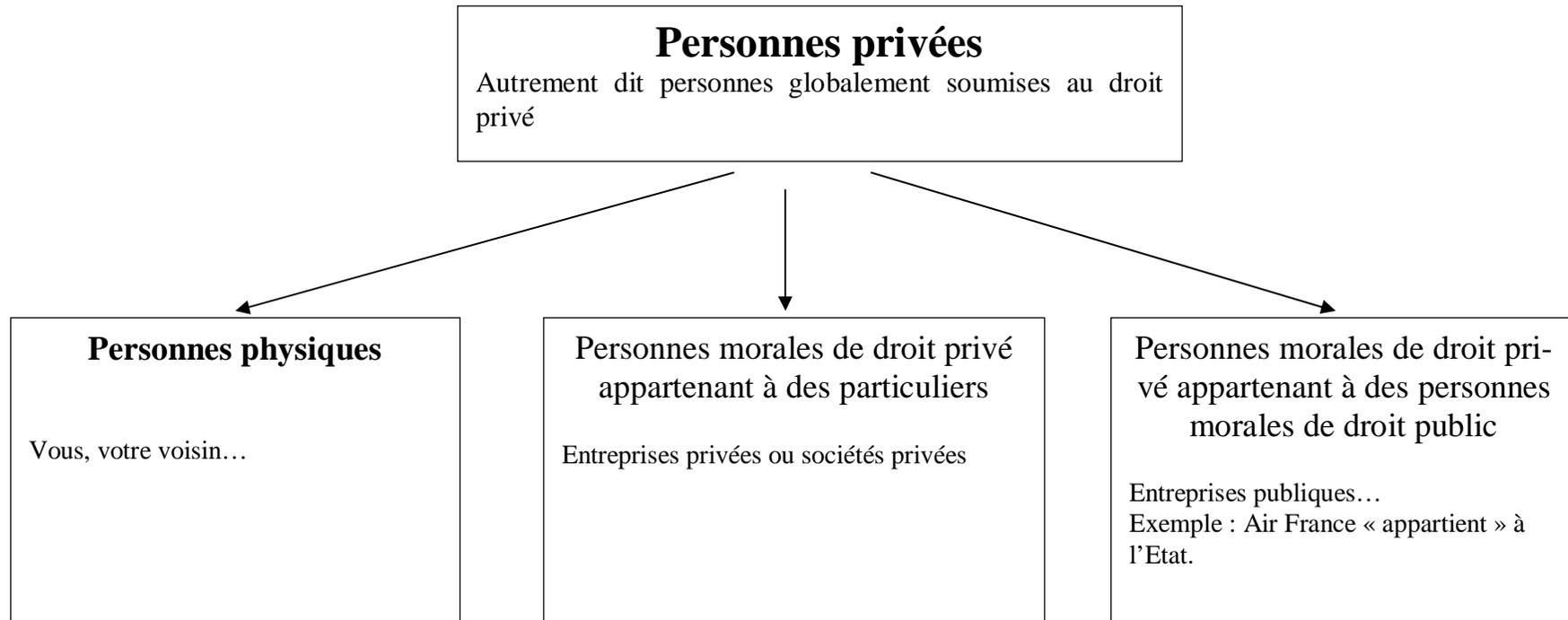
\*\*\*\*\*

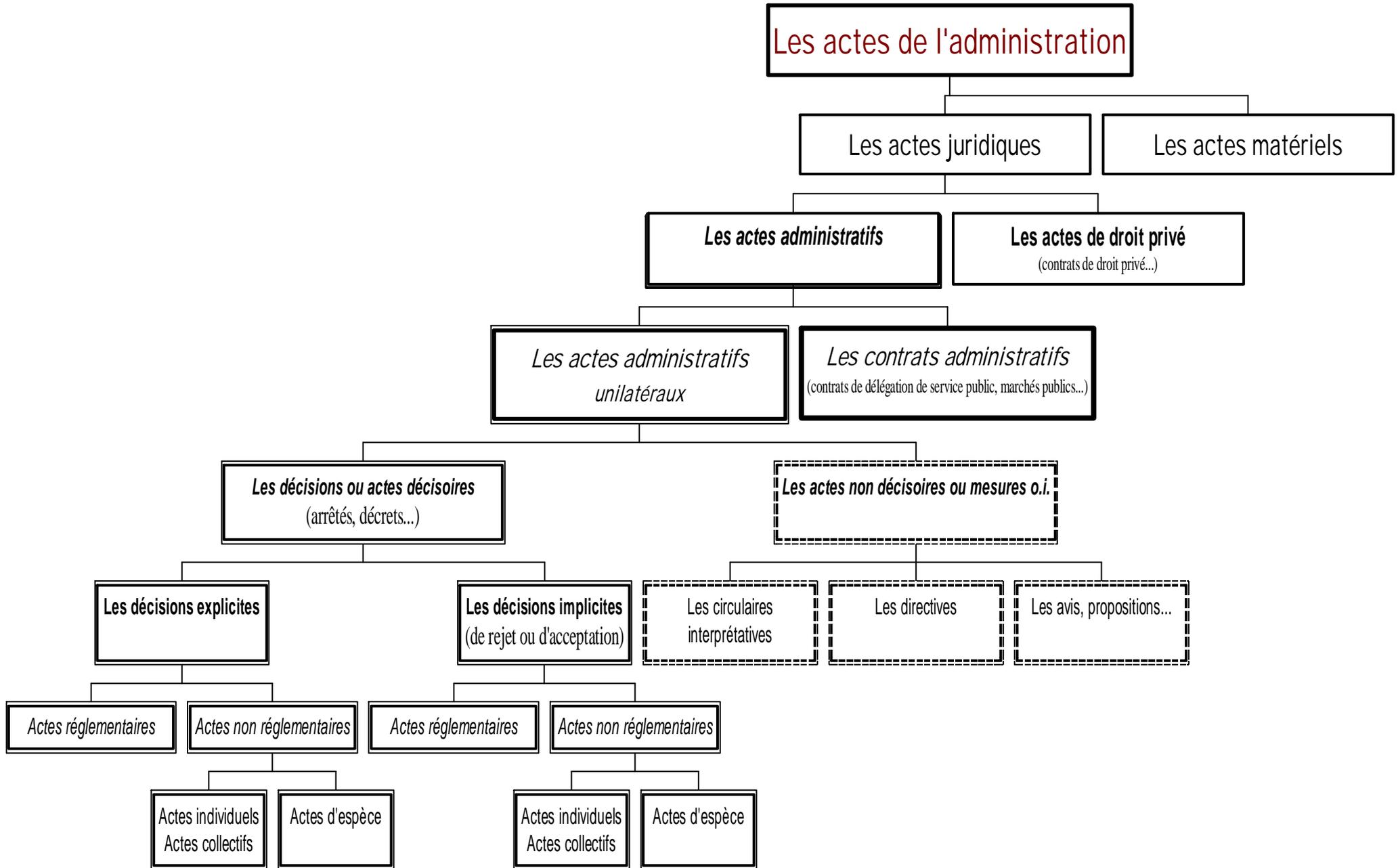
## Ce qu'il faut entendre par « Personnes publiques » (Rappel)

### Schémas



## Ce qu'il faut entendre par « Personnes privées » (Rappel)





# Les contrats administratifs

