

Systèmes

COURS

Sébastien HOURSON

Philippe YOLKA

Droit des contrats administratifs

2^e édition

À jour du
Code de
la commande
publique

L G D J

un savoir-faire de
lextenso

Sébastien HOURSON

Professeur de droit public
à l'Université Clermont Auvergne

Philippe YOLKA

Professeur de droit public
à l'Université Grenoble Alpes

Droit des contrats administratifs

2^e édition

LGDJ

un groupe d'éditeurs de
Lextenso



© 2020, EDITIONS LEXTENSO
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.legoj-editions.fr
ISBN 979-2-279-06078-1
ISSN 0987-9927

Sommaire

CHAPITRE 1	
Les conceptions du droit des contrats administratifs	11
CHAPITRE 2	
<u>La nature du contrat administratif</u>	29
CHAPITRE 3	
La passation des contrats administratifs	79
CHAPITRE 4	
L'exécution des contrats administratifs	105
CHAPITRE 5	
Le contentieux des contrats administratifs	107
Bibliographie	177
Index	179

Liste des abréviations

AJA	L'Actualité juridique - Droit administratif
art.	Article
Assoc.	Association
BEA	Bulletin émphytéotique administratif
BGP	Bulletin juridique des collectivités publiques
Bul.	Bulletin (annuel) des arrêts de la Cour de cassation
CIA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel (HCCD - nouveaux Cahiers)
CCP	Code de la commande publique
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Codéfénéral des collectivités territoriales
CGPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Co	Compagnie
Com.	Comptoir
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice des communautés européennes (CJUE, Cour de justice de l'Union européenne, depuis décembre 2019)
CJRR	Journal juridique de l'électricité et du gaz
CMF	Contrats et marchés publics
Com.	Commentaire
Code MF	Code des marchés publics (entrée le 1 ^{er} avril 2016)
C. urb.	Code de l'urbanisme
comen.	Commentaire
condit.	Condition
Contrats publics	Contrats publics - Actualité des contrats dans les collectivités publiques (éditions J. C. Lemoine - Le Moniteur, depuis octobre 2013)
CPA	Code des relations entre le public et l'administration
CPG	Code de la sécurité publique
Cst	Commentaires

CH	Collectivités territoriales - Interministériel
CH	Recueil Dalloz
CH	Code administratif
CH	Décret
CH	Dirigé par
CH	Département
EDOC	Études et documents du Conseil d'Etat
ED	Éventuel
Fam.	Fascicule
GATA	Les grands arrêts du contentieux administratif (Dalloz, 8 ^e éd., 2018)
GATE	Les grands arrêts du Conseil d'Etat (Dalloz, 3 ^e éd., 2008)
GATA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (Dalloz, 22 ^e éd., 2019)
GDDAII	Les grandes décisions du droit administratif des biens (Dalloz, 3 ^e éd., 2018)
HT	Hors taxes
J-C	Juris-Classateur (encyclopédie) Par exemple : J.-C. Adm. : Juris-Classieur Administratif
JCP	Juris-Classieur pluridisque (La Semaine Juridique, plusieurs périodes, plusieurs domaines et plusieurs territoires)
LPA	Les Petites affiches
Mai	Mélanges
Mém.	Mémoires
Min.	Ministère
not	Notamment
obs.	Observations
ord.	Ordinance
proc.	Procédé
Ré.	Le réel administratif
RDCA	Reposoir Dalloz Contentieux administratif
RDA	Recueil de droit administratif
RDP	Recueil du droit public
RDU	Recueil du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil (annuel) des décisions du Conseil d'Etat ou du Conseil Constitutionnel

RFDA	Revue française de droit administratif
RJ.com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RLC	Revue Lamy concurrence
RLCT	Revue Lamy collectivités territoriales
s.	Et suivants
spéc.	Séparément
Sté	Société
Synd.	Syndicat
TA	Tribunal administratif
T. confl.	Tribunal des conflits
Th.	Thèse
V.	Voir

Chapitre 1

Les conceptions du droit des contrats administratifs

1. La place croissante prise par l'étude des contrats administratifs au sein des programmes de droit public traduit l'essor des techniques contractuelles dans la sphère administrative¹. Rares sont les domaines échappant à l'attraction exercée par cette « mode conventionnelle ». Mais le contrat – spécialement, de « commande publique » – est surtout au cœur de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « droit public des affaires »² ou encore le « droit public de la concurrence »³. Et le constat de complexité – régulièrement dressé à propos du droit administratif en général⁴ – vaut en particulier pour le droit des contrats administratifs. Il s'agit d'une discipline d'initiés, voire de spécialistes, dans les arcanes de laquelle le novice a tôt fait de se perdre. C'est précisément à ce dernier que le présent ouvrage s'adresse, pour présenter l'architecture de la matière sans trop s'aventurer dans les sinuosités techniques.

L'approche historique

2. Ouverte aux interprétations doctrinaires, l'histoire du droit des contrats administratifs pourrait faire l'objet d'une lecture politique. Selon les époques, la matière est tirillée entre interventionnisme de la puissance publique (la commande publique représente alors un outil de politique économique visant par exemple à favoriser l'innovation, comme entendent le faire les directives européennes du 26 février 2014⁵) et orientation libérale

1. Pour des vues générales, dossier « Les contrats administratifs et leur évolution » (BFDI 2000) 1 et 2; Aspergavit, R. Dixit: Le contrat administratif aujourd'hui [Droits 1990] 2, p. 177; « Paradoxes sur les contrats administratifs » (Méth. Risor, Dethomas, 1979, p. 151). Et J.-F. Sarras: Le développement des techniques administratives conventionnelles (Th. Lyon 3, 1988).
2. S. Nouze: Droit public des affaires (LGDJ, 7^e éd., 2007); L. Rave, P. Tissot (dir.): *Lamy Droit public des affaires* (actualisation permanente).
3. B. Doussau: Droit public de la concurrence (LGDJ, 2^e éd., 2010).
4. F. Bousquet: La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? (Cités pour le siècle, Deliec, 2000, p. 417); J.-M. Poirier: Le droit administratif et la complexité (AIDA 2000, p. 187); B. Bousquet: Du simple au complexe, 40 ans de droit administratif (EDCE n°45, 1994, p. 629). Créer une technologie sophistiquée dont le Conseil d'Etat est à peu près seul à maîtriser les arcanes constitue le meilleur gage d'un pouvoir pérenne. Certains discours au ton naïif doivent donc être entendus sans trop de malice...
5. V. n° 38.

[le contrat permet davantage ici d'associer des acteurs privés à l'action administrative]. Il est aussi possible de distinguer – comme on le fera – entre long, moyen et court termes.

A. Long terme : des contrats administratifs avant le droit administratif ?

3. Il existe un débat doctrinal sur les origines historiques du droit administratif, qui voit schématiquement s'affronter deux positions. Soit le droit administratif serait « jeune », sa naissance remontant au xv^e siècle, à la suite de l'édition des textes révolutionnaires qui ont protégé l'administration contre l'immixtion du juge judiciaire ; soit il serait beaucoup plus ancien, nombre d'éléments caractéristiques existant, en réalité, dès l'époque monarchique (des juridictions spécialisées, un droit matériel et des règles contentieuses spécifiques⁶).

4. Cette controverse n'épargne pas la matière contractuelle. Classiquement, les auteurs font remonter les origines du droit des contrats administratifs au tournant des xx^e et xi^e siècles, lorsque le Conseil d'État invente des théories structurantes – imprévision, fait du prince, modification unilatérale, etc. – en systématisant des solutions qui viennent pour l'essentiel du droit des concessions (la table des Grands arrêts de la jurisprudence administrative est, à cet égard, édifiante). Il ne faut, cependant, pas sous-estimer l'épaisseur historique de la discipline : un droit des contrats dérogatoire existe dès l'Ancien Régime, de sorte qu'il est permis d'évoquer des « primo-contrats administratifs », antérieurs au droit administratif moderne⁷.

5. L'association du secteur privé aux missions publiques est ancienne et remonte à la monarchie. La puissance publique n'a jamais eu ni les moyens ni la volonté d'assurer elle-même toutes les tâches se rattachant à l'intérêt général (au « bien commun » ou au « commun profit », dans la langue de l'époque⁸). D'où l'attribution par le pouvoir royal de contrats soumis à des règles particulières, qui étaient soit des marchés (surtout de travaux publics), soit des conventions domaniales, soit des concessions confiant à des entrepreneurs la réalisation de travaux et d'ouvrages publics : concessions de canaux, pour le dessèchement des marais, l'assainissement et la distribution de l'eau, l'exploitation des mines, etc. En général, ces

6. Pour le « temps long », P. Lemoine (*Dictionnaire de l'Etat en France*, Fayard, 1992), J.-L. Missal (*Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985) et K. Wronski (*Les origines médiévales du contentieux administratif*, xv^e-xv^e/x^e, De Boissard, 2002). Pour le « temps court », F. Bousquet (*Histoire du droit administratif*, PUF, 1998) et G. Bouc (*Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002).

7. Certains ont même cherché plus loin : P. Loussaux, *Les contrats administratifs en droit romain* (Th. Paris, 1964).

8. X. Bousquet : *Essai sur les contrats de travaux et de service public* (LGDJ, 1999, 2^e tirage, 2001). Pour des études de cas, F. Masseau : *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au xv^e siècle* (LGDJ, 1984) ; A.-S. Courtois-Marcou : *Mise en perspective : le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au xv^e siècle* (CHEFF, Min. Économie, 2001).

concessions étaient de très longue durée, parfois même perpétuelles (comme la concession du canal du Midi à l'entrepreneur Riquet⁹).

B. Moyen terme : le mythe de l'âge d'or

6. La Révolution va mettre un terme au système des concessions et des droits exclusifs d'Ancien Régime, pour des raisons diverses parmi lesquelles l'idéologie du « Laissez faire, laissez passer » – selon la fameuse formule de Vincent de Gournay – tient sa place (rappelons que les concessions reposaient sur des péages, qui entravaient la libre circulation des marchandises¹⁰). Mais cette remise en question n'aura qu'un temps ; en effet, le système concessif présente cet avantage de faire financer le service et/ou l'ouvrage par l'usager ; ce qui apparaît inévitable, quand les finances publiques ne peuvent supporter la charge des investissements. La concession et le péage vont donc progressivement refaire surface au cours du XIX^e siècle. Et l'on a pu parler, à propos des quelques décennies qui s'ouvrent sous Napoléon III et la III^e République libérale pour se refermer avec la Première Guerre mondiale, d'« âge d'or de la concession » : la réalisation des réseaux ferrés (réseau PLM, etc.), électriques, de distribution d'eau ou encore des premières lignes de tramway s'est réalisée sous un régime concessif, qui a permis de faire financer les travaux par des entreprises, lesquelles se rémunéraient ensuite grâce à des redevances perçues sur les usagers. Il n'est donc pas exagéré d'affirmer que la concession a permis d'équiper notre pays en infrastructures modernes. À la même époque, la technique contractuelle sera mobilisée au service de « l'œuvre coloniale » de la France, les terres conquises étant attribuées aux Métropolitains par la voie de concessions qui n'étaient pas sans rappeler l'institution romaine du colonat¹¹. Et c'est également au XX^e siècle qu'ont commencé à se dessiner nombreux traits saillants du droit des marchés publics¹².

9. P. Cauz : *Le canal des Deux-Mers* (Th. Toulouse, 1932) ; P. Tissot : *Le rachat du canal du Midi, étude historique de la propriété de l'œuvre de Riquet* (Th. Toulouse, 1913). On notera qu'au XVII^e siècle, les premières concessions de charriots de fer furent également accordées à perpétuité et que certaines concessions funéraires le sont encore (parce que le législateur l'a prévu) (CGCT, art. L. 2223-14, 4^e). Le procédé n'est plus licite aujourd'hui, sauf loi applicable. 10. Closier-Tassan : *La prohibition des engagements perpétuels* : Th. Montpellier L. 2001.

11. Par ex., A. Couchez : *Le péage en France au XVIII^e siècle* (DHEFF, Min. Économie, 2002).

12. Si il existe sur cet important sujet des études anciennes, les écrits contemporains restent rares. V. dépendant, A. Dolezal : *Les concessions en Indochine* : L'Harmattan, 2004.

12. A. Sauriou et J.-A. Robert : *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif, 1789-1864* (Th. Perpignan, 2012). V. aussi, J.-L. Azam : « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au XX^e siècle » (MM. Mongin, L'Harmattan, 2000, p. 37).

C. Court terme : le « tournant contractuel » de l'action administrative

7. Depuis les années 1950-1960 s'est jouée une évolution par rapport au schéma traditionnel d'une administration agissant par voie unilatérale, pour des raisons multiples et complexes. Celles-ci vont de la perte de prestige de la puissance publique¹³ à la nécessité de susciter l'adhésion pour agir efficacement (songeons au président Macron parlant de « République contractuelle » ou de « nouveau contrat social » devant le Congrès, en juillet 2018), en passant par l'influence du modèle managérial¹⁴. Si l'État gendarme agissait d'abord par prescription, l'État contemporain, « post providentiel », y ajoute – voire, priviliege – la politique contractuelle. La puissance publique agit de moins en moins par elle-même, de plus en plus par personnes interposées avec lesquelles elle contracte. Et ce qui vaut pour l'État vaut aussi pour les autres personnes publiques. La décentralisation a joué un rôle de coefficient multiplicateur, en poussant à la contractualisation de l'exercice des compétences dévolues aux collectivités locales, que ces dernières n'ont pas toujours les moyens d'exercer elles-mêmes. Cela se traduit par une attribution conventionnelle à d'autres personnes publiques¹⁵ ou une délégation au secteur privé. La question est de savoir, d'une part, jusqu'où ce mouvement peut aller et, d'autre part, si un reflux ne s'est pas – assez récemment – amorcé, au vu d'une mutation des pratiques et des idées (critiques contre les marchés de partenariat¹⁶, « remunicipalisation » de l'eau à Paris...) ; évolution alimentée par des retours d'expérience mitigés, concernant par exemple certains contrats immobiliers (citons Montaigne : « Notre bastiment, et public et privé, est plein d'imperfection »¹⁷), surtout

13. P. Dusso : L'impuissance publique, les garmes de la coordination [in] *La puissance publique*, AFDA, Lirec, 2012, p. 31.

14. C. Vennet : *Management public et droit administratif. Essai sur la juridiction des concepts managériaux* (Th. Paris, 2, 2009, p. 284 s.).

15. V., sur la loi n° 2010-1563 du 16 déc. 2010 permettant à une collectivité de déléguer à une autre l'exercice d'une compétence par contrat, P. Puaud : Les conventions de délégation de compétences (UCPA 2012, 22eFL). La distinction entre les conventions de transfert de compétence et les contrats de la commande publique est moins évidente qu'il n'y paraît (CJUE, 21 déc. 2016, *Remonews GmbH & Co. KG Région Nord c./ Région Hanoï*, n° C-51/15).

16. Par ex., en matière universitaire, R. Perrin : *Rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération Campus* (Dec. française, 2012 ; JCPA 2012, n° 47, p. 2, commr. Gauvin et Perrin). Plus largement, Cour des comptes européenne, *Les partenariats public-privé dans l'UE : de multiples insuffisances et des surtensions limites*, Rapport spécial, 2018, n° 04/2018 ; ce rapport effectue une critique poussée et ne masque pas une certaine défiance à l'égard des marchés de partenariat. Très significatif est aussi l'instituté retoiu, en France, par un rapport d'information parlementaire : *Les contrats de partenariat : des borbors à retardement ?* (J.-P. Souza et H. Poincaré, juil. 2014 ; Sénat, n° 730).

17. H. Paquier : *L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ?* (UCPA 2012, n° 44-45, p. 45).

18. *Essais*, II, 1 (La Pléiade, 1995, p. 787).

relatifs aux infrastructures de la justice²¹, de la défense²² ou encore à certains équipements sportifs²³. Un tel retournement n'est pas complètement impossible, mais la vitalité de l'instrument contractuel ne se dément pas dans d'autres secteurs ; l'atteste par exemple, depuis 2017, le recours à des entreprises privées pour effectuer certains « contrôles radars » sur voirie²⁴.

8. Il est résulté de cette évolution un véritable déplacement du centre de gravité de la théorie de l'acte administratif, qui a glissé inexorablement de l'unilatéral vers le contractuel²⁵. Tenter de dresser une liste des matières où le contrat s'est infiltré paraît vain. Mieux vaut indiquer que celui-ci est partout présent²⁶, sauf dans quelques « secteurs exclus » comme la police²⁷, encore que les conventions gagnent là aussi du terrain. Le contrat est devenu une véritable technique d'administration ou de « gouvernance »²⁸.

- 18. Cour des comptes, *La politique immobilière de la justice. Mettre fin à la fuite en avant* (rapport public thématique, 2017).
- 19. V. set., Cour des comptes, *Rapport public annuel 2018*, pp. 215-233 : ce rapport évalue négativement le « complexe Bataillard » hébergé du ministère de la Défense, s'agissant du pilotage du projet et de la modicité des économies attendues.
- 20. V. par ex., Cour des comptes, *Les soutiens publics à l'Euro 2016 en France*, Rapport public, sept. 2017 : la Cour juge médiocre l'équilibre économique du partenariat ayant pour objet le Grand Stade de Lille (p. 40) ; s'agissant du stade « Orange Vélodrome » de Marseille, le rapport souligne que le coût sur 25 années est supérieur de 1,8 fois à l'investissement initial (p. 65).
- 22. Pratique à laquelle le Conseil d'Etat n'a rien trouvé à redire dans la mesure où elle se limite à des activités purement matérielles, ce qui n'affecterait pas – en théorie – les missions de police administrative ICE. *Bjell*, 2019, *Assez. 40 millions d'automobilistes* (AUDI 2020, p. 130, note 100a).
- 23. Sur ce mouvement, J. Calloza, *Le nouveau cours contractuel du droit administratif* [in *La constitution imaginaire de l'administration*] (PUF, 2008, p. 145 s.) ; *Interrogations méthodologiques sur le "tournant contractuel" de l'action publique* (MML, Gabal, PU Montpellier, 2006, T. 2, p. 469) ; Conseil d'Etat : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* (rgpp, publ. 2008 - Addit. sur la question de la normativité du contrat, D. et Bécaux) ; *Le contrat comme norme dans le droit public positif* (RFD 1992), p. 15.
- 24. Et le contrat gagne du terrain partout. V. par ex., J.-M. Poux : *Contrat et culture* (RFD 2014, p. 64).
- 25. V. n° 48.
- 26. V., dans cette perspective : J. Calloza, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration* (in L. Casier, dir. : *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987) ; G. Masson (dir.) : *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes* (L'Harmattan, 1998) ; Y. Forni (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980* (L'Harmattan, 1999) ; J.-P. Guen, *Gouverner par contrat. L'action publique en question* (Presses Sciences Po, 1999), *La négociation des politiques contractuelles* (L'Harmattan, 1996) ; S. Tessa, M. Groux, *Quand l'Etat s'engage : la démarche contractualisée* (éd. d'organisation, 2006) ; L. Richet, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques* (AUDI 2003, p. 97) ; R. Drion et S. Martz, *Les questions de l'administration contractuelle* (AUDI 2003, p. 97) ; Y. Jézouin, « L'administration contractuelle en question » (MML, Mémoire, Dijon, 2004, p. 54) ; J. Céreau : *Loi et contrat dans l'action publique* (CCD n° 17, mars 2005) ; Y. Lucas (dir.) : *Collectivités territoriales et gouvernement contractuel* (L'Harmattan, 2006) ; S. Chauvin-Pierr, D. Heuzé, *La contractualisation de la production normative* (Dalloz, 2008) ; J.-M. Léonard et P. Forest, « Le contractualisme dans le système hospitalier français » (MML, Richer, LDJU, 2013, p. 125) ; J.-M. Poux : *Le partenariat entre l'Etat et les collectivités territoriales* (AUDI 2014, p. 199) ; J. Céreau : *Contractualisation et action publique* (RFD 2018, p. 299).

Le droit administratif – en particulier, pour ce qui concerne le service public – est de plus en plus un droit du contrat et moins, sans doute, qu'auparavant un droit institutionnel²⁷ (bien que l'en puisse parfois créer une forme d'institutionnalisation par contrat).

9. Cette frénésie contractuelle intéresse d'abord les relations entre personnes publiques et personnes privées : commande de biens, de fournitures et de services aux opérateurs économiques, gestion des services publics, aides aux entreprises, aménagement urbain, etc. Si le droit des contrats est l'une des branches les plus dynamiques du droit administratif, il le doit avant tout à cette mutation de la relation public/privé. Pareil développement procède parfois d'une volonté politique. L'intense promotion du contrat de partenariat (créé en l'anfave par une ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, puis modernisé par une loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, avant d'être transformé en marché de partenariat par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015²⁸) en a constitué l'illustration la plus frappante. En outre, l'influence européenne renforce incontestablement l'attraction des contrats à l'égard des politiques publiques²⁹.

10. Une telle contagion contractuelle affecte la sphère publique elle-même, avec plusieurs types de manifestation. On assiste, en premier lieu, au développement de contrats entre personnes publiques³⁰. La liste est longue et ne cesse de s'accroître : contrats de mise à disposition de biens et/ou de personnels, entre l'État et les collectivités locales, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale ; contrats entre l'État et ses établissements publics administratifs (par ex., la contractualisation des rapports État/universités, via notamment les contrats de site) ou ses établissements publics industriels et commerciaux³¹ ; anciens, puis

27. Toucher : Contractualisation et décentralisation fonctionnelle (IRFDa 2018, p. 221); J.-F. Besson : Décentralisation et contractualisation (AJDA 2019, p. 2435). Le législateur associe aussi une forme de « contractualisation unitaire », de laquelle ne semble naître aucun contrat véritable, par la création des « pactes de gouvernance » entre communes et EPCI (loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique, art. 1 : CGCT, art. L. 5211-11-2).

28. Sur cette bipolarité, Y. d'un point de vue plus large, B. Baudouin-Gauvin (dir.) : Contrat ou institution : un jeu de sociétés (LGDJ, 2006).

29. Cela conforte la qualification autrefois retenue pour les contrats de partenariat (Cf. 29 oct. 2004, Suez : AJDA 2004, p. 2383, chron. Lucas et Lucas ; CM² 2004, n° 247, note Ewen).

30. M. Hirschauer : Contrat public et Union européenne, in dossier « Le contrat au service des politiques publiques » (IRFDa 2014, p. 478).

31. Dossier « Les contrats entre personnes publiques » (AJDA 2013, pp. 833-860) ; D. Poux : Contrat entre personnes publiques (L.-C. Auri, Fisc, 679) ; J.-D. Dervaux, Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques (L'Harmattan, 1993) ; F. Raux, Accord de volonté et contrat dans les relations entre personnes publiques (Th. Paris 2, 1998). La contractualisation s'opèreut particulièrement dans l'organisation des relations financières. V., E. Poix, : La contractualisation financière Etat-grandes collectivités (EUCI, 2019, p. 499).

32. Parmi d'innombrables illustrations, mentionnons le contrat d'objectifs et de performance 2019-2023 entre l'Etat et l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, signé le 10 janvier 2019.

nouveaux, contrats de plan État/régions³²; contrats de développement territoriaux et contrats de développement territorial (I)³³; conventions de coordination des actions des différentes forces de police (DGCT, art. L. 2212-8); contrats de prestation de services entre l'État ou ses établissements publics, par exemple l'Office national des forêts et les collectivités locales³⁴; ou encore, conventions de coopération décentralisée entre collectivités françaises et étrangères³⁵. La jurisprudence a dû s'adapter à cette nouvelle donne, afin d'éviter notamment que les personnes publiques n'usent de leurs prérogatives pour fausser la concurrence au sein de la commande publique³⁶.

Il s'agit, en deuxième lieu, d'une tendance actuelle du droit de la fonction publique au recul du statut et au développement du contrat³⁷, de droit public

32. Instruments régissant les relations entre l'État et les régions créés par la loi n° 62-653 du 29 juillet 1962 portant réforme de la planification, ils furent un temps rebaptisés « contrats de projets » (entre 2007 et 2010) afin de manifester certaines réserves à l'égard de la planification, mais sans conséquence significative, puis retrouvant leur dénomination initiale en ce qui concerne les contrats couvrant la période 2015-2020 (V. G. Leautz : Pour une relation de confiance entre l'État et les collectivités territoriales : vers une nouvelle génération de contrats ; rapp. Info. Sénat oct. 2012, n° 27).
33. Pour le Grand Paris : L. n° 2013-41, 18 juil. 2013, art. 31.
34. F. Moreau : Les conventions de prestations de services entre l'État et les collectivités locales (IEP, 1998). V. aussi, J.-M. Poinot : Contractualisation et libre administration (RFDA 2010), p. 201.
35. Par ex., P. Lutz : La coopération décentralisée des collectivités territoriales (Territorial, 2015).
36. Quand une personne publique se porte candidate à un marché public ou à une délégation de service public, elle doit respecter les règles de mise en concurrence imposées par le droit de l'Union européenne et par le droit interne (CE, 20 mai 1998, CM de cioè de Paimpont-Bay : AJDA 1998, p. 552, chron. Rousseau et Foucault ; RFDA 1998, p. 679, cond. Savet ; CE, avis 8 nov. 2000, Sel J.-L. Bernard Consultants : AJDA 2000, p. 597, chron. Guérin et Collin ; CJEU 2001, p. 58, note Desnois et Deneux ; CMF 2001, n° 2, note Etxart), V. C. Roux : La personne publique, candidate à la commande publique (AJDA 2010, p. 652).
- Le juge administratif a précisé les modalités de candidature et de concurrence, qui suscitent pour la personne publique candidate de se départir de ses prérogatives et avantages (CE, 30 déc. 2014, Sri Armor SNC : AJDA 2015, p. 443, chron. Lutz et Denoix de Lestonnac ; CMF 2015, comm. 26, note de Peaucelle ; Contrats publics 2015, n° 152, p. 70, note Desnois ; CM 2015, comm. 27, note Basset : RFDA 2015, p. 57, cond. Desnois). Si la candidature d'un établissement public ne saurait répondre à un intérêt public local, elle est toutefois soumise au respect du principe de spécialité, comme aux conditions de concurrence imposées de prendre en compte l'ensemble des coûts nécessaires pour la détermination de l'offre (CE, 18 sept. 2014, Ord de crues de l'île-Rousse-Balagne : AJDA 2015, p. 2447, note Hu, p. 2596, chron. Guérin ; BDCP 2015, p. 403, cond. Plaumon ; CMF 2015, n° 379, note Etxart).
37. F. Den : Contractualisation et emploi public (Th. Paris 2, 2013) ; E. Marc : Le statut général a 30 ans, vive le contractualisme... (ACPA 2013, 2214) ; O. Joux-Pose : Une fonction publique sans fonctionnaires ? (ACPA 2011, 2170) ; M. Tousis-Dene : Travailisation ou privatisation des fonctions publiques ? (AJFP 2010, p. 226) ; J.-L. Aumé : « La contractualisation de l'accès à la fonction publique » (MFI, Québec, PU Montpellier, 2006, t. 2, p. 129) ; J. Fiquet : Le droit de la fonction publique en question : entre contrat et statut (ACPA 2003, p. 154ff). Pour une illustration, A. Pini-Dene : Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière ? (AJFP 2011, p. 258). V. à propos de la loi n° 2019-1031 du 4 août 2019, qui accroît encore le recours au contrat dans la fonction publique, G. Cusseau : De

voire de droit privé (en témoignent les préconisations du rapport CAP 22 rendu en juin 2018).

Il faut relever, en troisième lieu, le foisonnement d'actes présentés comme des contrats entre services relevant d'une même personne publique – au principal, l'État – (aberration juridique, puisque cela revient à contracter avec soi-même). Hier, il s'agissait surtout des contrats prévus par la circulaire dite Rocard du 25 janvier 1990 relative au renouveau du service public. Aujourd'hui, les contrats d'objectifs en usage dans maints services publics, qui prévoient l'allocation de moyens en fonction d'engagements de performance, ou encore les conventions d'attribution prévues par l'article R. 2313-1 du CGPPP³⁰, fleurissent à tout bout de champ. En dépit du paradoxe et des contorsions théoriques sur lesquels reposent ces « conventions internes », leur utilité pratique est incontestable.

III. La perspective théorique

11. Les enjeux d'un travail théorique sur le droit des contrats administratifs sont d'ordre concret³¹. Il en va de l'intelligibilité d'une matière dont la désorganisation devient préjudiciable aux praticiens, qui plâtissent du désordre des classifications et de l'insécurité juridique qu'il entraîne. Si les réflexions relatives à la mise en ordre théorique du droit des contrats ne sont pas propres au droit administratif³², elles y présentent une importance particulière.

A. Construction

12. Le constat de départ est celui d'un « déficit théorique » du droit des contrats administratifs, dont la relative rusticité tranche avec le caractère sophistiqué du droit civil des contrats. Ses principes architecturaux ont été dégagés au cours d'une brève période, en quelques décennies, au tournant des XX^e et XXI^e siècles. Ce droit est, fondamentalement, issu de la pratique³³. Quelque chose d'ordre ontologique le raccroche pour l'essentiel aux procédés ou aux habitudes des acteurs dans un mouvement pragmatique. Il n'y

- contrat pour les « contrats d'agents publics » (ICMP 2019, Repère 91; dossier JCPA 2019, 2272 à 2279 ; E. Auzet : Le contrat, aveur de la fonction publique ? [AUGA 2019, p. 234]).
- 38. A. Desnois : Le contrat avec soi-même en droit administratif [Mém. Paris 2, 2010]. Plus largement, S. Houssier : Les conventions d'administration [UGA, 2014].
- 39. V. plus généralement, pour le droit administratif, J. Reutter : Apologie pour les « faiseurs de systèmes » (D 1951, chron. p. 191). Pour citer Olivier Jouanna, « les pratiques sont des périodes en acte, des théories concrétisées ; les théories n'ont d'intérêt que si elles permettent de construire des solutions possibles à des problèmes réels » (in A. Bauluz, L'individu contre l'Etat, Dalloz, 2012, préface, p. XVII).
- 40. Par ex., F. Tardieu : Pour une réforme du droit des contrats (Dalloz, 2009) ; B. Lourenço, M. Krauss : Repenser le contrat (Dalloz, 2009) ; F. Coulet-Druzeau : La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens [RDC 2006, n° 2, p. 604].
- 41. F. Roux : « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs » [DPL, Richer, UGAJ, 2013, p. 9].

avait pas ici l'arrière-plan du droit romain ni l'équivalent du code civil. La construction de la discipline va se faire à partir du terrain, de ce que sont les contrats effectivement conclus par l'administration, encadrés par des textes épars et une jurisprudence balbutiante. De là, un caractère plus « réaliste » que le droit civil des contrats, qui repose sur un fort substrat textuel et doctrinal. Le juge administratif a privilégié la question de l'impact empirique de ses décisions sur celle de leurs effets strictement juridiques. Les conditions de la gestation et de la naissance du droit des contrats administratifs devaient déterminer sa physionomie ; sa théorisation, très progressive, a reposé sur deux piliers.

13. Le premier est, bien entendu, jurisprudentiel. Les arrêts fondateurs sont pour l'essentiel rendus dans les premières années du xx^e siècle, qui forment les « Trente Glorieuses du droit des contrats administratifs », entre 1902 et 1932. Le juge administratif va construire un régime du contrat administratif à partir des règles applicables aux contrats administratifs. Partant de textes dispersés qui concernent tel ou tel type de contrats [marchés de travaux ou de fournitures, contrats de vente des domaines nationaux, baux de sources minérales et thermales...], il dégage des règles communes, qui ne seront parfois présentées comme telles qu'assez tardivement. Il suffit de mentionner, par exemple, les principes gouvernant les pouvoirs de modification ou de résiliation unilatérale de l'administration⁴². Paradoxalement, cet effort de généralisation a surtout consisté à systématiser les principes applicables aux concessions de service public, qui ont servi de modèle en dépit de leur fort particularisme. On ne saurait le comprendre sans replacer cette évolution dans un contexte d'autonomisation, pour ainsi dire revendiquée, du droit et du juge administratifs. Car la référence à une matrice originale, éloignée du contrat privé, a permis de justifier un effort de différenciation et devait légitimer l'absence d'application du droit civil des contrats. De sorte que « la construction du régime juridique du contrat administratif à partir du modèle concessif a conduit à amplifier sa dimension administrative et à minorer sa dimension contractuelle » (F. Brenet).

14. Le second pilier est doctrinal. Les auteurs abordent le sujet au xi^e siècle avec des études sectionnelles, relatives à certaines catégories de contrat⁴³. Les tentatives de théorisation interviennt tard. C'est Gaston Jéze qui, dans les années 1930, systématise les solutions du droit positif et les ordonne autour des principales étapes de la « vie » des contrats administratifs⁴⁴. Georges Péquignot cherchera dans la décennie suivante à

42. V. n° 200 s. et n° 219 s.

43. Pour quelques exemples, J. Besson : *Des marchés de fournitures passés par l'Etat* (Th. Montpellier, 1895); J.-G. Audis : *Des marchés de travaux de la guerre* (Th. Paris, 1895); A. Denens : *Étude juridique de la concession de travaux publics* (Th. Paris, 1894).

44. G. JUZ : *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics* (Léard, 1932-1934); V. G. SAUZ : *Gaston Jéze et la théorie générale des contrats administratifs* (Rev. d'histoire des facultés de droit 1960, p. 76).

élaborer une véritable théorie générale, considérant que Jéze n'y était pas parvenu⁴⁵, en exacerbant l'unilatéralisme qui imprègne le contrat administratif. Après quoi, c'est une « quasi-hibernation » (P. Weil) jusqu'à la synthèse d'André de Laubadère⁴⁶, qui alliait l'aspect pratique de Jéze à l'approche théorique de Péquignot et devait tirer l'étude des contrats administratifs vers le droit civil en affirmant notamment leur nature proprement contractuelle.

15. Ces vastes fresques semblent aujourd'hui lointaines, tant la tendance devient aux miniatures. La question est de savoir si le droit des contrats administratifs peut encore être théorisé ou, plus exactement, si les auteurs restent en mesure d'en produire une théorie. Le « tournant contractuel » – évoqué plus haut – a incontestablement eu un impact doctrinal. La multiplication des spécialistes de l'ingénierie contractuelle est à l'origine d'un discours technique ancré dans la pratique. Non seulement l'analyse se développe sans communication avec d'autres approches disciplinaires et demeure imperméable aux écrits de science administrative sur les politiques publiques contractuelles⁴⁷, mais elle délaie le champ des idées pour s'adresser principalement aux « acheteurs publics » par l'expansion des procédures applicables, des seuils à respecter, des risques contentieux, etc. En découle une impuissance, probablement durable, à articuler une véritable dogmatique.

B. Déconstruction

16. L'évolution contemporaine du droit des contrats administratifs donne une impression de grande confusion. La créativité débridée de la pratique et des textes devait alimenter l'idée d'une crise de croissance, témoignant surtout de la difficulté des auteurs à produire des cadres de représentation adéquats de la « réalité juridique ». Ce sentiment a largement tenu à un mouvement d'atomisation, qui procédait de l'irrésistible essor des contrats administratifs spéciaux⁴⁸, de plus en plus nombreux et partiellement redondants. S'ils offraient aux praticiens un choix élargi pour trouver l'outil optimum, leur prolifération pouvait susciter l'embarras. Un certain nombre de ces instruments permettaient de « faire de la commande publique » en

45. Théorie générale du contrat administratif (Pedone, 1965).

46. A. de Laubadère : *Pratique théorique et pratique des contrats administratifs* (LGDJ, 1^{re} éd. 1954, et une mise à jour de 1959 ; 2^e éd. 1983-1984, avec F. Micone et P. Duvoulet). V. E. Nascoff : André de Laubadère, « théorien du droit des contrats administratifs » (RFDA 2010, p. 126). Sur l'ensemble du mouvement décrit, C. Friedrich, *Histoire doctrinale d'une naissance en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif* (1809-1960) (Th. Toulouse, 1, 2016).

47. V. néanmoins, pour une approche des relations entre contrats et politiques publiques. « Le contrat au service des politiques publiques » (éssai RFDA 2014, pp. 403-426 et pp. 417-454).

48. Par ex., P. Duvoulet : *Les contrats publics dans la désertification* (RDC 2004, p. 951) ; F. Luxen, P. Souët-Courtois : *Le grand désordre du droit de la commande publique* (ICMP² 2007, Règle 7) ; Le droit des contrats publics en miettes (ICMP 2009, Règle 11).

échappant aux exigences concurrentielles et aux obligations imposées naguère par la loi dite MOP [loi n° 85-704 modifiée du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique⁴⁹], dont l'abrogation partielle s'est inscrite dans le récent mouvement de codification [les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique figurent, dorénavant, aux articles L. 2410-1 et s. du CCP].

17. Pareil phénomène de pulvérisation était surtout net depuis la fin des années 1980 : contrats « globaux » en matière pénitentiaire [= loi Chalandon = n° 87-432 du 22 juin 1987 ; = loi Perben = n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, dite LOPJI : système de location avec option d'achat – dit ADT-LOA – pour les constructions immobilières destinées aux services de sécurité (= loi Sarkozy = n° 2002-1094 du 29 août 2002, dite LOPSII) ; bail emphytéotique administratif [= loi Galland = n° 88-13 du 5 janvier 1988, modifiée à de multiples reprises], auquel différents systèmes de droits réels sur le domaine public se sont ajoutés [V., loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, ord. n° 2008-460 du 21 avril 2008] ; contrat de partenariat [ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée notamment par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 et la loi n° 2009-179 du 17 février 2009, puis abrogée par l'ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015⁵⁰ qui arrima les partenariats à la catégorie des marchés publics] cumulant les dérogations au « droit commun de la commande publique »⁵¹ ; contrats globaux de performance [dcr. n° 2011-1000 du 25 août 2011]⁵², etc.

18. Les espèces contractuelles ont donc proliféré au cours des dernières décennies, un tel phénomène de fragmentation étant aggravé par le pulvérillement de sous-espèces qui naissaient par scissiparité. À titre d'exemple, le bail emphytéotique administratif « ordinaire » [CGCT, art. L. 1311-2 s.] devait donner naissance à des variétés spéciales comme le bail emphytéotique hospitalier [CSP, art. L. 6148-2 s.], aujourd'hui abrogé⁵³ ou le « BEA Valorisation » [CGPPP, art. L. 2341-1]. Ce foisonnement, qui trahissait un art de légitérer « à la petite semaine », a gravement rui à la cohérence d'ensemble de la carte des contrats administratifs, l'image du mille-feuille le disputant à celle de la Tour de Pise.

Un louable effort de reprise des défauts architecturaux semble désormais à l'œuvre, mais il n'améliore qu'imparfaitement l'édifice. D'abord, la

49. C. Gueret : *La loi MOP* [Le Moniteur, 4^e éd., 2017].

50. Cette catégorie spécifique de marchés publics est aujourd'hui codifiée [CCP, art. L. 2330-1 s.].

51. Pour une présentation des évolutions avant l'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et la codification du droit de la commande publique, dcr. 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'intention des collectivités locales. Parmi une abondante production doctrinale, F. Baumer, F. Meunier : *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juillet 2004* [Légal, 2005].

52. A/04 2011, p. 1588, obs. Gueret ; B/UCP 2011, p. 398, comm. Tournier ; dossier CMP est. 2011 ; CMP juil. 2012, p. 1. Régis Luxens et Sous-Courtois : *RLCI* est. 2011, comm. Caillu. – V. nat., M.-A. Pinet, P. Tournier : *Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques* [AJDA 2012, p. 412] ; O. Orteu, G. Louis : *Les nouveaux marchés publics globaux* [B/ACP 2012, p. 31].

restructuration adopte le biais de la commande publique au moyen de la codification (ord. n° 2018-1074 du 26 novembre 2018). Cela fait pencher la conception des contrats administratifs, assez périlleusement, vers une logique marchande pour l'essentiel. Ensuite, certains dispositifs correcteurs servent à compenser des failles plutôt qu'à rendre l'ensemble plus harmonieux ; ainsi de la nécessité d'organiser une procédure libre de sélection des candidats lors de la passation d'une convention d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique (CGPPP, art. L. 2122-1⁵³).

C. Reconstruction ?

19. La remise en ordre de la matière impliquerait un effort théorique considérable, qui devrait se jouer sur trois plans. Le premier « étage de la fusée » correspond à l'élaboration d'une théorie des contrats administratifs spéciaux⁵⁴. Il s'agirait, sinon de mettre en cohérence l'ensemble de ces contrats, tout au moins de créer des regroupements par familles avec des règles communes. Le Conseil constitutionnel avait posé de premiers jalons, en évoquant les notions de « commande publique »⁵⁵ (depuis lors consacrée par le droit écrit : ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique⁵⁶) et de « droit commun de la commande publique » (décision du 26 juin 2003)⁵⁷. L'idée sous-jacente était que les contrats « ordinaires » de la commande publique obéissent à des principes présentant une dimension constitutionnelle (transparence, égalité de traitement, liberté d'accès, notamment). Les autres contrats de commande publique, qui dérogent plus ou moins à ce droit commun et doivent de ce fait demeurer l'exception, partagent pour leur part certains traits (prestations globales ; maîtrise d'ouvrage privée ; de plus en plus, évaluation préalable et possibilité pour les parties de

53. V. n° 114.

54. Sur ce point, V. en particulier les écrits de F. Beaujeu (*Recherche sur l'évolution du contrat administratif*, Th. Poitiers, 2002) ; *La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes* ; AJD4 2003, p. 919 ; *Les contrats administratifs*, in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2001, T. 2, p. 217 s.).

55. Sur l'émergence de cette catégorie, G. Kautzow, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics* (Th. Paris 2, 2004). Pour un point de vue pratique, R. Bécares, P. Cossonne, J. Faurens et L. Lauzier, C. Cucosseau, *Le guide de la commande publique* (Le Moniteur, 4^e éd., 2017). V. aussi, pour une lecture dubitative, M. Ameur : *Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique* (AJD4 2017, p. 793).

56. CGP 2009, n° 177, comm. Cumour.

57. CG, n° 2003-473 CG du 26 juin 2003. Lai habilitant le gouvernement à simplifier le droit (CGDAM, n° 82). V., L. Rozen : *Constitution, contrats et commande publique* [NCC n° 37, 2012, p. 37] ; E. Farber, L. Rozen : *Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique* [AJD4 2003, p. 2048]. Pour une perspective plus large, P. Desnous : « *Constitutions et contrats publics* » [Mé. Modeste, Dalloz, 2004, p. 659]. Sur le volet contentieux, J.-D. Desrus : *L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédures de recours* [AJD4 2010, p. 148].

recourir à l'arbitrage⁵⁸. Se dessineraient ainsi deux « métacatégories » qui coiffent les classifications classiques, les contrats administratifs spéciaux échappant au droit commun de la commande publique [dans des conditions qui devraient être systématisées], tandis que les autres y sont soumis. Mais la codification du droit de la commande publique en 2018 trouble dans une certaine mesure une telle conception théorique par sa propension à happen toutes les conventions. Elle incorpore les marchés de partenariat (CCP, deuxième partie, livre III) au même titre que les marchés de défense ou de sécurité (CCP, deuxième partie, livre III), gommant sensiblement leurs caractères dérogatoires et insistant sur l'application des principes constitutionnels. La tendance actuelle est ainsi à la réintégration, ce qui est heureux, d'un certain nombre de contrats au sein du droit commun. La question demeure cependant posée à la marge, car quelques contrats spéciaux subsistent encore.

20. Le deuxième niveau d'analyse intéresse la théorie générale des contrats administratifs, qui fait un peu figure de « paradis perdu » pour la doctrine contractualiste (avec ce que cette formule peut comporter d'illusoire). La multiplication des contrats spéciaux conduit nécessairement à se demander ce qu'il en reste ; en reconstruire une présenterait de sérieuses difficultés, car il n'y a plus beaucoup de principes généraux⁵⁹. À rechercher les plus petits dénominateurs communs aux contrats administratifs, on en arrive presque à une coquille vide [en bref, des obligations de transparence relativement vagues, dont la portée est d'ailleurs contrastée ; et la compétence du juge administratif pour trancher les litiges]. L'une des explications de ce maigre bilan tient à ce que, dans les contrats administratifs, il y a un double clivage : entre la commande publique et ce qui n'en relève pas, d'une part ; entre les « contrats de service public » et les autres [sans relation directe avec le service public : marchés publics d'assurance, etc.], d'autre part. Une bonne partie des principes – supposés – généraux du droit des contrats administratifs est, en réalité, liée au service public et/ou à la commande publique ; elle n'a pas vocation à s'appliquer en dehors, en dépit d'une relative dilution par référence à l'intérêt général. On en arrive, de la sorte, plutôt à l'idée de cercles d'exorbitance concentriques qu'à un degré d'application unique intéressant tous les contrats administratifs⁶⁰.

21. Pour certains auteurs, il conviendrait de bâtir plutôt une théorie des contrats publics⁶¹ (c'est-à-dire, de tous les contrats passés par les

58. Par ex., E. Muller : *Les instruments juridiques des partenariats public-privé* (L'Harmattan, 2011).

59. Autour de ces questions, Y. Guillet : *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* (RDP 2010, p. 313) ; P. Trouvès : *Faut-il encore une théorie générale des contrats administratifs ?* (Contrats publics 2010, n° 180, p. 14).

60. G. Bouvier : *Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs* (ICMP 2010, Etude 9).

61. V. cf. 57 n. V., L. Marcus : *L'unité des contrats publics* (Dalloz, 2010).

personnes publiques, et non pas seulement de ceux soumis au droit administratif) au lieu d'essayer de rénover une théorie générale des contrats administratifs à bout de souffle⁴². Mais on s'expose alors à de nouvelles difficultés. D'abord, cette approche « personnelle » apparaît elle-même dépassée par le droit de l'Union européenne, lequel qualifie d'organismes de droit public ou de pouvoirs adjudicateurs – avec les obligations de transparence que cela implique – certaines personnes privées contrôlées par des personnes publiques⁴³. Ensuite, le recours à la nature des contractants conduit à regrouper un peu confusément les contrats administratifs et privés des personnes publiques. Or, l'objet de l'acte (bien plus que les sujets) détermine une part très significative du régime applicable. Que faire, en outre, des conventions signées par les personnes publiques en qualité d'opérateur économique (par ex., CE, 30 déc. 2014, *Sté Armor SNC*⁴⁴) ? En réalité, vu l'état du droit positif, l'horizon du contrat administratif reste indubitablement... le contrat administratif lui-même.

22. En remontant à un niveau de généralité encore supérieur, la question du lien entre théorie des contrats et théorie des obligations mérite d'être abordée⁴⁵. L'obligation en droit privé est l'une des « colonnes du Temple » : le droit civil s'est construit à partir des obligations. Il est d'ailleurs révélateur que la plupart des ouvrages étudiant les contrats privés soient en réalité consacrés aux obligations et non aux contrats en tant que tels. Or, le droit administratif s'est édifié d'une autre manière, autour de l'acte unilatéral. Le contrat et la responsabilité de l'administration ont toujours été pensés de façon indépendante, au lieu d'être rassemblés dans une théorie de l'obligation. Malgré certaines esquisses⁴⁶, il n'existe donc pas véritablement de théorie des obligations en droit administratif. Pourtant, cette dernière représente l'aboutissement, en même temps que la clef de voûte, d'un travail théorique sur le droit des contrats. Compte tenu de l'inclination

42. G. Clémencet : « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics » [M. Gobet, PU Montpellier, 2004, T. 2, p. 637]. Également, M. Augier : *Le contrat administratif, l'influence du droit de l'Union européenne* (Bruxelles, 2014).

43. Par exemple, des sociétés européennes : CJCE, 22 mai 2003, *Autosportvereniging Rauta Karhonen* : Rec. I, p. 5321 ; AJD 2003, p. 1558, note Guazzo, p. 2153, chron. Blaauw, Guazzo et Lassus ; CJEU 2003, n° 188, note Ecourt ; DA 2003, n° 147, note Nouzeau ; Europe 2003, n° 247, note Rinosa - CJCE, 16 oct. 2003, Commission c/ Espagne : CJEU 2003, n° 224, note Ecourt ; DA 2003, n° 237, note Nouzeau.

44. *Préc.*, n° 10.

45. J. Cavaillé : *L'obligation en droit public* (PDP n° 44, 2000, p. 178) ; R. Daoua : *La notion d'obligation : droit public et droit privé* (PDP n° 44, 2000, p. 42). V. aussi, B. Pützen : *L'élaboration du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* (éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. p. 189 s.).

46. M. Wizne, dans la septième édition de son traité (Droit administratif, Sirey, 1957), avait proposé une théorie de l'obligation administrative, qu'il abandonnera ensuite également, de l'auteur : « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat » - M. Jaffré de la Morandière, *Gallic*, 1964, p. 621. Plus récemment, Y. Guasch : « Protagonistes pour une théorie des obligations en droit administratif français » [M. J. Guasch, PUF, 1999, p. 610].

technicienne qui prévaut en doctrine⁶⁷, pareil programme pouvait ne plus sembler réaliste ; une tentative remarquable a, cependant, été effectuée en ce sens – presque contre toute attente – dans la période récente⁶⁸.

III. Les aspects contemporains

A. L'instabilité chronique

23. Le droit des contrats administratifs a des airs de chantier permanent. Les raisons de cette situation, qui n'est pas sans rappeler celle du droit de l'urbanisme, doivent d'abord être recherchées parmi des mouvements de fond. On songe particulièrement à l'europeanisation du régime des contrats conclus par les organismes de droit public, qui oblige à adapter constamment le droit français : aux réformes «lourdes» décidées par le législateur, en relation directe ou indirecte avec cette pression [lois dites «Sapin 1 et 2» de 1993 et 2016 ; création de la catégorie des délégations de service public, renforcement de la transparence, etc.] ; ou aux grandes évolutions de la jurisprudence, qui font également «bouger les lignes» [création de nouveaux recours pour les tiers...]. S'y ajoutent des mouvements moins réfléchis, voire franchement erratiques. Ainsi de la création anarchique – déjà signalée – de contrats spéciaux qui se sont empilés sans logique évidente jusqu'en 2015, comme de la mauvaise transposition de directives de l'Union européenne, qui oblige à de nouveaux ajustements [*sous-transposition* ; ou *sur-transposition*] conduisant le droit français à être paradoxalement plus contraignant que les exigences concurrentielles européennes], etc. Il résulte naturellement de cette modification fréquente des règles du jeu des difficultés sur le terrain de la sécurité juridique⁶⁹.

67. En ce sens, des études procèdent régulièrement à certaines comparaisons techniques entre contrats privés et administratifs. V. par ex., dossier «Contrat public et commande publique : quelles relations ?» (*Contrats publics act.*, 2016).

68. J.-C. Rico et F. Lassauz, *Droit administratif des obligations* (Sirey, 2018). Cette approche ne saurait être confondue avec celle qui mobilise le terme d'obligation pour livrer une présentation classique du droit administratif (P. Sémama, *Les obligations administratives* ; PUF, 2^e éd., 2019).

69. P. Druxot, *Contrats publics et sécurité juridique* (EDCE 2006, n° 97, p. 329). Plus largement, P. Rausseur, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français* (LGDJ, 2018). Le «sentiment d'insécurité juridique» [sur lequel une étude reste à écrire] est bidimensionnel : il est vrai – au fil de l'isl que l'ingénierie contractuelle s'ingénie à slalomer entre les contraintes légales, au risque de manquer quelques-unes des portes [pour une analogie bien informée avec les «histoires de gendarmes et de voleurs», P. Tonnerre] ; Les rapports contractuels complexes. *A/D* 1994, p. 431. Cette inquiétude diffuse n'est, par ailleurs, pas dénuée de vertus commerciales [*produits éditoriaux*, marché de la consultation juridique] ; c'est qu'il y a une économie de la sécurité contractuelle, comme il existe un marché de la sécurité tout court.

s'agissant tant des principes applicables aux nouveaux contrats que de l'impact des réformes sur les contrats en cours⁷⁰.

24. Cette instabilité se manifeste par des symptômes dignes de la « danse de Saint-Guy », comme l'illustre l'évolution du droit des marchés publics. Codifiée à l'origine dans les années 1960 (décret n° 64-729 du 17 juillet 1964, pour les marchés de l'Etat ; décrets n° 66-887 et n° 66-888 du 28 novembre 1966, pour ceux des collectivités locales), la matière a été entièrement refondue par un décret n° 2001-2010 du 7 mars 2001. Ensuite, l'évolution s'est accélérée, le nouveau Code des marchés publics ayant été réformé par un décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, puis par un décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006. Ce dernier est à l'origine de l'ultime mouture en date (modifiée elle-même – entre autres – par des décrets des 7, 19, 31 décembre 2008 et du 25 août 2011) d'un Code des marchés publics à strictement parler, avant son abrogation pure et simple par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. Encore ne s'agissait-il que des réformes du code, sachant que le droit des marchés publics faisait aussi l'objet de textes non codifiés (ainsi, pour les marchés des personnes non soumises au Code des marchés publics⁷¹ : ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005). Si les seuils à partir desquels s'imposent certaines obligations de transparence sont encore modifiés tous les deux ans, l'état actuel du droit de la commande publique encourt cependant moins la critique, vu de récents efforts de rationalisation.

25. Diagnostiquer le mal est simple, le soigner beaucoup moins (la simplification du droit étant une chose extrêmement complexe). On s'en tiendra à quelques observations. Une partie du problème tient à l'évolution des sources du droit des contrats administratifs, lequel est de plus en plus un droit écrit. Si les textes n'ont jamais été absents, leur part est allée en s'accroissant au détriment de la jurisprudence⁷². Or, même si cela peut sembler paradoxal pour un observateur habitué à la jurisprudence judiciaire [« parlons elle flotte, tourbillonne et revient sur elle-même »⁷³], les textes assurent une stabilité moindre que la jurisprudence administrative. La difficulté est aggravée par le fait que ces textes sont parfois de nature réglementaire. C'était en particulier un motif de scepticisme à l'égard de l'ancien Code des marchés publics, qui s'épuisait dans le règlement⁷⁴ ; et la réglementation est plus versatile que la législation. Envisager une inversion de tendance

70. Pour une illustration qui touche les contrats domaniaux, G. EXQUELON : *L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public* (DRA nov. 2010, p. 17).

71. Par exemple, les groupements d'intérêt public ou les offices publics de l'habitat (V. L. RICCI : *Les marchés des OPH*, ADEA 2013, p. 107).

72. F. LUCON : « Le droit des contrats administratifs peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? » (Méth. Châtres, Toulouse, 1985, p. 363).

73. LASSU-ROLIN : *Journal du patois* (2^e éd.), 1838, vol. 1, p. XVII.

74. V. n° 46.

ne paraît pas réaliste⁷⁵, non plus que de croire à une véritable stabilisation du droit. Reste qu'une série de mesures ponctuelles a considérablement amélioré la situation, tenant largement à l'accroissement du rôle de la loi au détriment de celui du règlement ou encore à l'augmentation de la part du droit codifié. Si la codification ne suffit pas par elle-même à stabiliser le droit, du moins emporte-t-elle un effet « apaisant » ; les modifications affectant un ensemble ordonné, elles ont un moindre impact sur la lisibilité des règles. Il fallait, à cet égard, vivement regretter l'incapacité des pouvoirs publics à codifier le droit des contrats administratifs de manière cohérente⁷⁶ : les marchés publics faisaient l'objet d'un « petit code » : le droit des obligations de service public n'était qu'incomplètement codifié dans le CGCT ; le droit des contrats domaniaux l'était seulement pour partie dans le CGPPP et dans le CGCT ; l'ancienne ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat n'était, à l'origine, que partiellement intégrée dans ce dernier. Bref, il s'agissait d'une codification « en pièces détachées ». Évoqué un temps⁷⁷, le projet d'un code de la commande publique est resté longtemps lettre morte, après deux habilitations législatives demeurées sans suite⁷⁸. L'adoption de nouvelles directives européennes sur les marchés et les concessions a offert une occasion de remettre l'ouvrage sur le métier⁷⁹.

Le mouvement de transposition des directives européennes du 26 février 2014⁸⁰ a imposé une lecture davantage binaire, à certains égards plus intelligible qu'auparavant. D'abord, les règles visant les marchés publics et les concessions ont été ordonnées en deux ensembles lisibles et symétriques [V., pour les premiers : ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 et décr. 2016-360 du 25 mars 2016⁸¹. Pour les secondes : ord. n° 2014-65 du 29 janv. 2014 et décr. n° 2014-86 du 1^{er} févr. 2016⁸²]. Ensuite, le moment semblait venu, après une longue attente, de livrer une vaste codification, embrassant non

75. Sur cette problématique, F. Meunier : « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel » (AJDA 2005, p. 637).

76. F. Meunier : « À propos de la codification du droit des contrats publics. Réflexions sur l'expérience française » (Méth. Droit, Bruguière, 2004, p. 420).

77. M. Sénacouet : « Pour un Code des contrats de la commande publique (CMP) avr. 2007, chron. 61 ; F. Lutzow, P. Souza-Couto : « Pour un Code de la commande publique (CMP) 2006, Rapp. 21. V. aussi, F. Alliez : Dépasser le droit des marchés publics (AJDA 2008, p. 147) ; P. Cauz : En attendant le Code des contrats publics... (ALCT N°r. 2012, p. 80) ; C. Massot : La propriété publique dans l'élaboration d'un code de la commande publique (in Contrats et propriétés publiques, dir. G. Claeys, LexisNexis, 2011, p. 721).

78. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2009-575 DC du 12 févr. 2009, a censuré l'article 33 de la future loi n° 2009-179 du 17 févr. 2009 (= cavalier législatif = qui habilitait le gouvernement à codifier le matière par entremise).

79. Rapp. min. à GE n° 123426 (AJDA Q, 22 mai 2012, p. 4052 ; CMP 2012, n° 267).

80. V. not. dossier CMP juin 2014.

81. Dossiers AJDA 2015, p. 1282 ; Contrats publics oct. et nov. 2015 ; *ibid.* mai et juin 2016 ; CMP oct. 2015 ; DA séc. 2015.

82. Dossiers AJDA 2016, p. 991 ; Contrats publics avr. 2016 ; CMP mars 2016. V. également, G. Claeys : Le nouveau droit des concessions (D4 2016, Etude 5).

seulement les marchés publics et les concessions, mais aussi la loi MOP – relative à la maîtrise d'ouvrage publique – modifiée du 12 juillet 1985 ou certains aspects de la loi relative à la sous-traitance du 31 décembre 1975. Sans doute l'écriture des ordonnances, à l'ombre desquelles se dessinaient déjà les contours d'un paysage plus harmonieux, est-elle apparue comme « une mise en orbite » du travail des codificateurs. Entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 [ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018, pour la partie législative ; décr. n° 2018-1075 du 3 déc. 2018, pour la partie réglementaire], le Code de la commande publique⁸³ doit offrir un cadre plus stable à ces contrats, administratifs pour la grande majorité, en ayant pour effet une codification partielle de la jurisprudence⁸⁴. Pourtant, les garanties apportées par ce code ne doivent pas être surestimées, en raison de l'impossible intangibilité d'une matière fortement soumise aux outrages du temps.

B. L'approche économique

26. Les conventions relèvent indéniablement de l'économie autant que du droit⁸⁵. Une première question intéresse l'importance économique des contrats administratifs, considérable sans être simple à mesurer. Les seuls marchés publics représenteraient environ 16 % du produit intérieur brut de l'Union européenne leur part variant de 11 % à 22 % selon les États membres). Pour la France, l'Observatoire économique de la commande publique a comptabilisé, en 2018, 163 519 marchés notifiés pour un montant d'environ 89 milliards d'euros HT. Les estimations moyennes situent la commande publique – quels que soient les outils contractuels utilisés – aux alentours de 10 % du PIB français. L'en comprend dès lors que les contrats administratifs constituent de puissants outils de relance en temps de crise⁸⁶, même si les obligations concurrentielles privent les pouvoirs publics d'une partie de la maîtrise de l'outil (ainsi, lors de la fermeture annoncée du site historique d'Alsthom à Belfort, en 2016, la SNCF et la RATP étant soumises au droit de la commande publique, il était impossible

83. Dossiers AJDN 2019, p. 375 ; CMAP juin 2019 ; RFDI 2019, p. 157. V. également, E. Maussi : *Les ambitions réglementaires du Code de la commande publique* [DI 2019, étude 9] ; P. Bouzon : *Le code de la commande publique : une codification à droit quasi constant* [AJDN 2020, p. 167].

84. Tel est remarquablement le cas des pouvoirs de l'acheteur public pour l'exécution des contrats administratifs (art. L. 6, CDPI). V. par ex., C. Maussi et S. Rouze : *La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ?* [RFDI 2019, p. 213].

85. V. not., C. Jamm [dir.] : *Droit et économie des contrats* (LGDJ, 2008).

86. M. Hourt : *La commande publique, outil d'interventionnisme public* [RFDI 2010, p. 764] ; S. et Paumier : *Le droit de la commande publique, levier du plan de relance* [CJFI n° 53, 2009, p. 301]. V. au sujet des politiques économiques, pour une présentation des contrats en considération de la nature du financement, L. Ruff : *Contrats publics et politiques économiques, la porte-droite : relance et encouragements sectoriels* [RFDI 2014, p. 623]. Il faut insister sur la relativité des divisions académiques : le droit des contrats administratifs (comme, d'ailleurs, le droit administratif des biens) ne saurait être distingué – en pratique – du droit public économique, dont il fait partie intégrante.

de leur imposer – contrairement à certaines suggestions mal informées – la commande de matériels produits par cette entreprise).

27. Une seconde question concerne l'analyse économique des contrats administratifs. La *Law and Economics* (Économie du droit) – école de pensée née aux États-Unis dans les années 1960 (Coase, Posner, Calabresi...), qui s'inscrit dans le courant néo-libéral et promeut [en bref] l'évaluation des normes juridiques à l'aune de leur efficacité économique – ne s'est implantée en France que tardivement. Elle n'en devait pas moins toucher le droit administratif⁹² et notamment le secteur des contrats administratifs, ce qui renouvelle quelque peu les perspectives traditionnelles⁹³. D'une part, les travaux sur l'intégration de l'analyse économique par le juge administratif portent pour partie sur les contrats administratifs⁹⁴. D'autre part, des études visant spécifiquement ces derniers, en particulier sous l'angle du risque, se multiplient⁹⁵. L'analyse économique est mobilisée afin de déterminer le choix du mode de gestion optimum du service public (régie ou formules contractuelles d'externalisation⁹⁶) et de réaliser un arbitrage entre les différentes ressources conventionnelles disponibles (en fonction, notamment, du régime fiscal applicable : bénéfice du Fonds de compensation de la taxe pour la valeur ajoutée, etc.). Cette approche n'en étant ici qu'à ses débuts, il existe encore maintes questions à creuser (par exemple, celle du « coût de fabrication » des contrats passés par les personnes publiques⁹⁷).

- 87. J.-B. Auri : L'analyse économique du droit administratif (D4 2007, Repère II).
- 88. V. par comparaison, N.-R. Taroni Yousfi : *Build, Operate and Transfer (BOT) projects. Contribution à l'étude d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics* (Th. Luxembourg, 2012).
- 89. Par ex., J.-F. Chauvin : L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif (D4 2004, étude 7).
- 90. T. Pui : Le risque, les concessions et les marchés (MFDA 2016, p. 230) ; Le risque dans les contrats administratifs (LGDJ, 2010) ; T. Kaur (dir.), *L'économie et droit du contrat administratif* (Déc. Marquie, 2005) ; L'évaluation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs (MDE 2008), p. 101 ; T. Kaur, F. Maury, L. Yousfi : Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat (MDE 2008), p. 291 ; L. Rarr : Les progrès de l'analyse économique des contrats publics. Le risque d'exploitation dans les détentions de service public (IJCPA 2003, p. 82). V. également J. Monca, L. Rarr : Régime indépendant des contrats publics. Comment concilier contrats publics et finance d'entreprise ? (LexisNexis, 2^e éd., 2017).
- 91. L. Tissier-Majroux : Contrats publics et externalisation (Th. Toulouse 1, 2012). V. plus généralement, L. Yousfi : L'externalisation en matière administrative (Dialar, 2016) ; R. Rousseau : L'externalisation administrative : éléments pour une théorie (Th. Montpellier, 2017). Des rapports recommandent, à intervalles réguliers, le recours à l'externalisation pour faire évoluer – en théorie – des économies substantielles aux finances publiques, sans affecter la qualité du service rendu (V. par ex., le rapport – aux forts relents de lobbying – remis au ministre de l'Économie, le 27 mars 2019, par la société Webhelp et proposant un New Deal de l'externalisation des services publics). Aussi, on ne sera – presque – pas surpris que l'évaluation législative elle-même puisse être externalisée ; ce fut le cas pour le projet de loi d'orientation des mobilités, qui donna lieu à un appel d'offres lancé le 11 janvier 2018 (sur la constitutionnalité du dispositif, CC, n° 2019-794 DC, 20 déc. 2019 ; ICPA 2020, art. 46, note critique Poujouli).
- 92. V. Sur l'économie des « contrats publics d'affaires » (IJCPA 2011, n° 44, p. 21).

C. L'attraction du droit privé

28. Le droit des contrats administratifs est traversé par une tension entre deux pôles d'attraction : la théorie de l'acte administratif (qui a conduit à le « charger » de marqueurs de puissance publiciel, mais aussi le droit civil des contrats (qui constitue une source d'inspiration permanente⁹³). Et le constat est le même qu'au sujet de la responsabilité extracontractuelle : pendant longtemps, la doctrine académique a eu tendance à exagérer l'originalité de la matière, avant que le dogme autonomiste ne s'affirme⁹⁴. Il existe en vérité, comme dans tous les chapitres du droit administratif, à la fois des solutions particulières et des phénomènes d'emprunt⁹⁵.

1. L'existence d'un fonds commun

29. Le contrat administratif étant un véritable contrat, s'y appliquent des principes qui sont communs à tous les contrats⁹⁶. Ainsi, au stade de la formation, la qualification administrative d'un contrat ne s'oppose nullement à l'application de la théorie des vices du consentement⁹⁷, de l'objet⁹⁸ ou de la cause⁹⁹ ; au stade de l'exécution, jouent le respect de la commune intention des parties, les principes de loyauté des relations contractuelles¹⁰⁰, de la force obligatoire et de l'effet relatif du contrat¹⁰¹. Le juge administratif vise

93. Par ex., N. Gosselin : *Regards d'un rapporteur public* de côté du droit privé des contrats (AJDA 2009, p. 921).

94. V., M. Cavello : *L'héritance du droit des contrats administratifs* in *L'héritance du droit administratif en question*, dir. F. Meissner, LODDifac, droit Poitiers, 2004, p. 128 ; M. Desrous : *L'immunité du droit privé dans les contrats administratifs* (AJDA 1998, p. 1073) ; F. Caussé : « Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration ? » (Méf. blanche, Economica, 1995, p. 95).

95. V., d'un point de vue général, B. Puisse : *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* (Iéda, Paris-Dauphine-Poitiers, 2002).

96. Sur cette problématique, G. Guen : *L'unité des contrats privés et des contrats publics* (Th. Aix-Marseille, 2004) ; J. Marin : *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs* (Th. Paris 3, 2008) ; J.-B. Seuz : « Contrats privés-contrats administratifs : points de convergence ? » (Méf. Gérald, PU Montpellier, 2006, T. 1, p. 367). Extendent esquisser une théorie commune, J. Wautier : « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif » (Méf. Ghoshin, LEDU, 2001, p. 165). V. aussi, G. Guen : *La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ?* (ICMP 2013, Étude 2) ; J. Marin (dir.) : *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs* (LexisNexis, 2019).

97. B. Puisse : *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* (RJD 2004, p. 177) ; Y. Wautier : « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs » (Méf. Drago, Economica, 1996, p. 315).

98. Par ex., CAA Lyon, 22 mars 2012, SM-S. AJDA 2012, p. 864, chron. Veary.

99. F. Lassoued : *La cause dans le contrat administratif* (Dalloz, 2008) ; dossier « La cause dans le droit des obligations : droit public, droit privé » (RJD 2012, p. 827 s.). Cette théorie « historique » du droit civil a été remaniée par la réforme du droit des contrats privés (ord. n° 2016-131 du 10 février 2016).

100. V., avec d'importantes réserves quant à l'utilisation de cette notion, n° 171 à. Sur le point précédent, V. Laro : *Recherche sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs* (Th. Aix-Marseille, 2019).

101. M. Le Coq : *L'effet relatif des contrats administratifs à l'égard des tiers. Principe, limites et exceptions* (ICMP 460, 2012, p. 39).

régulièrement le Code civil, à commencer par l'ancien article 1134 al. 1^{er}, devenu article 1103¹⁰², selon lequel : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de foi à ceux qui les ont faits »¹⁰³.

30. Le champ de l'exorbitance semble avoir été surestimé. Il est circonscrit, s'agissant de l'exécution du contrat, aux pouvoirs unilatéraux de résiliation et de modification, qui sont mis en œuvre avec parcimonie, parce qu'ils ouvrent droit à l'indemnisation du cocontractant. Pour le reste, le régime des contrats administratifs n'est pas véritablement spécifique. Ainsi, les pouvoirs de contrôle et de direction de l'administration dans les marchés publics de travaux – longtemps regardés comme originaux – se rattachent en réalité aux prérogatives traditionnelles du maître de l'ouvrage, que ce dernier soit une personne publique ou privée¹⁰⁴.

2. Banalisation et convergences

31. D'un côté, le contrat administratif doit prendre en compte – comme tous les actes administratifs – des ensembles normatifs qui représentent autant de vecteurs de « banalisation »¹⁰⁵ : au droit pénal¹⁰⁶ s'ajoutent le droit des procédures collectives¹⁰⁷, le droit des assurances, le droit de la consommation¹⁰⁸ et surtout le droit de la concurrence¹⁰⁹. Le développement des « montages contractuels complexes »¹¹⁰ – groupes de contrats agrégant des éléments de droit public et de droit privé, qui sont principalement des contrats à objet immobilier destinés à faire construire et gérer des équipements publics – contribue aussi à une convergence. Il est en effet difficile

102. Nouvelle numérotation issue de l'ordonnance n° 2014-131 du 10 févr. 2014, V., pour un autre exemple, l'application des articles 1641 s. sur la garantie des bons achats : CE, 27 mars 2017, 5e Sodimat [n° 295442].

103. CE, 11 févr. 1972, 69PLA/1 du Calvados [AJOA 1972, p. 245, comit. Oulès-Louis]. La réforme du droit civil des contrats (ord. du 18 févr. 2014), écartant la notion de convention, a modifié la rédaction de l'article en cause (qui était auparavant la suivante : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de foi à ceux qui les ont faites »).

104. F. Lutgen : *Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics* (LGDJ, 1991). V. aussi, dossier in *Contrats publics*, avr. 2018.

105. J.-B. Auzé : « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites » (Méth. J.-M. Auty, Dalloz, 1992, p. 31).

106. C. Pansou-Schau : *La pénalisation du droit des marchés publics* (LGDJ, 2002); N. Cossu : *Marchés et obligations de service public : le risque pénal* (Le Moniteur, 2001). Et la chronique annuelle de droit pénal des marchés publics de F. Lutgen in *CMP*.

107. Par ex., CE, 28 juill. 1988, 597/88 (Rec. p. 308).

108. Entre autres, A. Vox Lax : *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif* (ROP 2007, p. 1015) ; F. Bézecourt : *L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de service public* (Th. Grenoble 2, 2005).

109. V., C. Casen, B. Neuve : *Droit de la concurrence dans les contrats publics* (Le Moniteur, 2008) ; C. Yannoukakos : *L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif* (ROP 2008, p. 421) ; A. Louvet : *Les contrats des collectivités locales et le droit de la concurrence* (CMP 2007, Etude 9) ; O. Guizou : « Droit de la concurrence et contrats publics » (Méth. Gabel, PU Montpellier, 2004, T.I, p. 107) ; Contrats publics et politique de la concurrence (INFO 2014, p. 422).

110. N. Szwarcowicz : *Montages contractuels complexes publics* (Le Moniteur, 4^e éd., 2017).

de traiter d'une façon radicalement différente les pièces, plus ou moins harmonieusement disposées, d'un même « puzzle » conventionnel.

32. D'un autre côté, il n'est pas exclu que le droit privé des contrats intègre des solutions d'abord consacrées par le droit des contrats administratifs, même si ce n'est pas forcément volontaire ni réfléchi¹¹¹. Sans exhaustivité, méritent d'être évoqués, le développement de l'unilatéralisme (désertification unilatérale du prix dans les contrats de longue durée, résolution unilatérale du contrat en cas de manquement grave aux obligations nées du contrat...)¹¹² ou de mécanismes dont les effets sont proches de ceux de l'imprévision¹¹³, la place accrue du juge dans le rapport contractuel (qui tend à devenir une relation triangulaire, comme en droit administratif), etc. Sous des formes propres, les deux premiers éléments ont été consacrés par la réforme du droit privé des contrats (ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016).

D. Le désenclavement du corpus national

33. Il existe une série d'évolutions intriguées, qui participent d'un même mouvement et conduisent de plus en plus à mettre en doute, dans le domaine particulier des contrats, la vieille idée d'après laquelle le droit administratif serait un « produit franco-français ».

1. Essor du comparatisme contractuel

34. Le droit administratif comparé ne s'est développé que tardivement en France, parce que l'on a longtemps cru – à tort – que notre système était trop original pour supporter les comparaisons¹¹⁴. Si le développement du comparatisme contractuel reste en conséquence un phénomène récent¹¹⁵, il semble attester une réelle singularité de notre droit. Dans nombre d'États étrangers, le recours à la technique du contrat par

- 111. F. Delteil : *Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle* (AJD 2009, p. 923), V. Sassi, J. Antona : *Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats* (AJD 2016, p. 1620).
- 112. C. Juan, D. Mayaux (dir.) : *L'irrégularité et le droit des obligations* (Economica, 1999).
- 113. E. Sausse : *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision* (RDC 2010, n° 3, p. 1857). Y. également n° 191.
- 114. M. Fouquet : *Droit administratif des États européens* (PUF, 2004) ; Y. Gauvin : « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe » (DRL, Ardent, LDJU, 1999, p. 431). Sur un précurseur, P. Cusack : *Jean Riesco, comparatiste* (RFDA 2008, p. 1866).
- 115. R. Nouzeilles, U. Smets (dir.) : *Droit comparé des contrats publics* (Bruylants, 2011). V. en outre, dans des registres différents, les rapports du XVII^e congrès de l'Académie inter-nationale de droit comparé : *Partenariats public-privé* (Bruylants, 2012, dir. F. Léotard); dossier « Le contentieux des contrats publics en Europe » (WFD 2011, n° 11); H. Delmestre : *La codification du droit de la commande publique est possible : les enseignements du droit espagnol* (D 2007, chres, p. 81) ; P. Cossette : *Les obligations d'actions publiques dans l'Union européenne* (LDJU, 2007). Et les contributions réunies aux Méjanges Guillet, T. I, p. 387 s. ; G.-M. Racca et C.-R. Yuasa (dir.) : *Public contracting and innovation* (Bruylants, 2019).

l'administration implique – sauf textes contraires – que celle-ci se place sous un régime de droit privé. Ainsi les marchés publics sont-ils classiquement des contrats de droit civil en Allemagne, comme en Autriche ou aux Pays-Bas. De manière moins évidente, la sphère des contrats de l'administration relevant du juge judiciaire est également plus étendue en Espagne ou encore en Pologne. Le droit français considère au contraire les finalités des contrats et prévoit un régime autonome pour ceux qui s'inscrivent dans les missions administratives (pour l'essentiel, de service public). Certains auteurs y voient un avantage comparatif : d'après J.-B. Auby, « la tradition française est la seule à proposer un cadre théorique consistant, qui concerne... à la fois l'élaboration des contrats, leur exécution et leur contentieux »¹¹⁶. L'on ne saurait toutefois ignorer que cette tradition nationale marginalise le droit français ; divers tribunaux arbitraux – saisis de litiges entre États d'accueil et investisseurs étrangers (notamment, des compagnies pétrolières : affaire Aramco, 1958 ; « arbitrages libyens » Texaco/Calcasistic/Liamco, 1977) – ont ainsi pu considérer que la théorie du contrat administratif se rattache à une exception hexagonale et n'est, dès lors, pas susceptible d'inspirer des principes généraux de droit international. La question de savoir ce que pèse le modèle français dans la perspective de l'émergence (hypothétique) d'un « contrat administratif européen » (D. Ruiz-Jarabo Colomer) mériterait aussi d'être posée.

35. Le droit comparé n'est pas (seulement) un exercice académique. Il est largement sollicité à des fins pratiques, pour faire évoluer nos schémas traditionnels¹¹⁷. Le droit des contrats en offre un excellent exemple, celui des pays de Common Law ayant été pris comme référence au début des années 2000 pour justifier l'introduction en France de nouveaux contrats favorisant le recours au secteur privé ; ceci, essentiellement sur le modèle de la PFI (Private Finance Initiative, politique menée au Royaume-Uni à partir de 1992 et dont le Public Private Partnership fut l'instrument juridique privilégié). Le comparatisme a été instrumentalisé afin d'obtenir un enrichissement de la carte des contrats administratifs en s'inspirant de modèles dont l'efficacité n'était pourtant pas avérée¹¹⁸. Si des résultats très médiocres n'ont pas tardé à être pointés en France¹¹⁹, cette stratégie – fondée sur un « bilan falsifié »¹²⁰ – s'est incontestablement révélée payante.

116. J.-B. Auby : Le droit administratif français vu du droit comparé [AJDM 2013, p. 409].

117. F. Mousier : L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français [AJDM 2004, p. 1226]. V., en la matière, P. Comarque, B. ou www : La Private Finance Initiative (Institut de la gestion déléguée, 2001).

118. Pour un retour d'expérience critique au Royaume-Uni, National Audit Service, *Lessons from PFI and other projects law*, 2011. L'abandon du recours à ces contrats a été annoncé en 2018.

119. V. par ex., parmi les nombreuses manifestations de déception concernant les enceintes sportives, celle relative au grand stade de Nice : CRC Marseille, *Rapport d'observations définitives*, mai 2015.

120. F. Besson : L'argument de droit comparé et les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 [in F. Mousier, dir. : L'argument de droit comparé en droit administratif français] (Bréviaire, 2007, p. 111 s., p. 123).

2. Influences européennes

36. La Convention européenne des droits de l'homme n'ayant ici que des incidences limitées¹²¹, la principale question est celle de l'influence du droit de l'Union européenne sur notre droit des contrats administratifs¹²².

37. Le droit primaire de l'Union européenne – celui des traités – a un impact important, via les interprétations qu'en livre la Cour de justice. Cette dernière est par exemple partie du principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour dégager les principes de transparence, de publicité, d'égalité d'accès au marché et d'impartialité des procédures d'adjudication (CJCE, 7 déc. 2000, *Teliastraß Verlags GmbH*¹²³). Les manifestations contemporaines de ces exigences ne manquent pas au sein du droit de la commande publique, comme le montrent les débats fort nourris sur la légalité des « clauses Molière » insérées dans certains marchés publics de travaux ; stipulations largement destinées à lutter contre l'emploi de « travailleurs détachés », en ce qu'elles imposent la pratique de la langue française sur les chantiers. Fort logiquement jugées illégales au regard de leur caractère discriminatoire¹²⁴, ces clauses sont opportunément remplacées par des clauses « d'interprétariat » qui, sans prescrire la maîtrise de la langue française, imposent la présence d'un interprète pour (notamment) retranscrire les consignes de sécurité aux travailleurs¹²⁵.

38. La matière est également très encadrée par le droit dérivé, en l'occurrence plusieurs vagues de directives. Après un échec dans les années 1970, des directives « Recours » ont été adoptées à partir de la fin des

121. V. toutefois, N. Mauro : « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme » [Mé]. Gobet, PU Montpellier, 2006, T. I, p. 321.

122. J.-Cl. Europe, Fests, 1990 à 1998 ; M. Asselin : *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne* (Bruxelles, 2014) ; M. Tessier et al. : *EU Law and Public Contracts* (Bruxelles, 2011) ; A. L. Duvaucel : *Droit européen des marchés et autres contrats publics* (M7DE, 2011, n° 2, p. 423) ; R. Nouzeilles : *Les catégories du droit des contrats administratifs* [in] J.-B. Aut., dir. : *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Collec, 2010, p. 679 ; L. Ricoux, *L'Europe des marchés publics* (UGD), 2009. Plus anciennement, G. Asselin : « Vers une intégrale réforme du droit français des contrats publics sous l'effet des courgettes communautaires » [Mé]. Gobet, PU Montpellier, 2006, T. I, p. 761 ; P. Tanguy : *Les marchés publics et le droit communautaire* [in] B. Lassarre et H. Dassonv., dir. : *Le juge administratif et l'Europe* : PU Grenoble, 2004, p. 171) ; *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs* (AJDA, 1996, n° spécial, p. 87).

123. AJDA 2001, p. 196, note Ricoux ; EUCP 2001, p. 132, concl. Fouaux, note Mauro. Sur la circulation des marchés, H. Scoville, *Entre exorbitance et droit commun : le contrat de l'administration en droit européen. Étude comparative des droits français et allemands dans leurs interactions avec le droit de l'Union européenne* (Th. Strasbourg, 2014).

124. TA Lyon, 13 déc. 2017, *Préf de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, n° 1704817. En revanche, il est entendu que les clauses contractuelles peuvent légalement imposer le français comme langue de rédaction et de travail entre les parties ; une autre solution serait néanmoins pour les acheteurs publics (V. not. CE, Bibr. 2019, 591 Note d'Eau : AJDA 2019, p. 1341, note Camus).

125. CE, 4 déc. 2017, *Min. de l'intérieur c/ Région Pays de la Loire* : AJDA 2018, p. 162, note Ricoux ; CMP 2018, n° 32, note Vézain-Boncristiano.

années 1980 [directives modifiées n° 89/665, 21 déc. 1989 et n° 92/13, 25 févr. 1992]. Une troisième vague date des années 2000 [directives du 31 mars 2004, marchés publics/secteurs classiques n° 2004/18 et marchés publics/secteurs de réseaux, n° 2004/17 ; directive « Recours » du 11 déc. 2007, n° 2007/661]. Enfin, des propositions de directives relatives à la passation des marchés publics [en remplacement des directives n° 2004/17 et n° 2004/18] et à l'attribution des contrats de concession [qui ne faisait jusqu'alors l'objet d'aucun encadrement d'ensemble]¹²⁶ ont été présentées par la Commission européenne en décembre 2011 et devaient aboutir au début de l'année 2014 [trois directives du 26 févr. 2014 : concessions n° 2014/23/UE¹²⁷, marchés publics des pouvoirs adjudicateurs n° 2014/24/UE, marchés publics des entités adjudicatrices n° 2014/25/UE¹²⁸]. Elles marquent un rapprochement du régime des concessions par rapport à celui des marchés publics et une avancée du droit de l'Union dans le domaine de l'exécution des contrats¹²⁹. En outre, ces trois nouvelles directives livrent une approche plus ambitieuse de la commande publique par l'intégration d'une diversité d'objectifs. L'organisation de la concurrence sur le marché intérieur figure toujours en bonne place, mais les textes promeuvent aussi la bonne utilisation des deniers publics, le développement des PME¹³⁰, la lutte contre la corruption et – *last but not least* – le développement durable¹³¹.

39. Ce droit dérivé, qui a conduit au renforcement des obligations de transparence, pousse le droit national à évoluer (à titre d'illustration, les anciennes directives « Recours » furent à l'origine de la création du référentiel précontractuel)¹³². L'intégration des principes du droit de l'Union peut cependant se heurter à des résistances ; aussi la jurisprudence administrative a-t-elle dû adopter des solutions incitatives, en considérant que l'absence de transposition des directives ne permet pas au pouvoir adjudicateur de s'exonérer de ses obligations (CE, 6 févr. 1998, *Tate*¹³³) et que les directives non transposées dans les délais sont invocables, dès lors qu'elles sont

126. Auparavant, l'attribution des concessions de travaux n'était soumise qu'à un petit nombre de dispositions de droit dérivé de l'Union ; quant aux concessions de services, elles étaient uniquement couvertes par les principes généraux du TUE.

127. V. not., dossier « La nouvelle directive « concession » » (Contrats publics mars 2014).

128. V. not., dossier « Directives marchés, de nouveau sans renouveau » (ADM 2014, p. 82) ; dossier « Les nouvelles directives « marchés » » (Contrats publics mai et juin 2014).

129. Sur ces propositions, ADM 2012, p. 2541, obs. Boucaneix ; CPA 2012, n° 1, p. 34, obs. Paquet. V. aussi, O. Ecker : *Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne* (RJEP juv. 2013, Étude 1).

130. V. par ex., dossier « L'accès des PME à la commande publique » (Contrats publics nov. 2014) ; L. Renn : *L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ?* (CPG 2014, dossier 12).

131. V. sur la problématique des objectifs de la commande publique, E. Malou (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?* (Dilex, 2018).

132. V. n° 263 s.

133. Rec. p. 28, concl. Savoia ; ADM 1998, p. 423, chron. Renucci et Poussin ; CJEG 1998, p. 383, concl., note Sauer et Boucaneix ; JCPG 1998, II, 1223, note Cossé ; ADM 1998, p. 427, concl.

suffisamment précises et inconditionnelles [CE, 30 oct. 2009, Perreux¹³⁴]. La mauvaise transposition des directives expose, en outre, l'État français à une action en manquement et à l'annulation des textes nationaux « inconventionnels »¹³⁵.

40. Sur le fond, la principale difficulté réside à la fois dans la relative indifférence du droit de l'Union vis-à-vis des classifications, catégories et notions nationales (la distinction public/privé en général, « retravaillée » sinon ignorée¹³⁶; ou plus spécifiquement la notion de propriété publique et dans l'absence de recouplement absolu entre les catégories nationales et européennes). Il existait classiquement des contrats qui, en droit français, n'étaient pas des marchés publics de travaux, mais qui pouvaient l'être au regard du droit de l'Union (ainsi naguère, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015, des contrats de partenariat ou de la vente en l'état futur d'achèvement (MEFA)¹³⁷; ainsi de certains montages contractuels sur le domaine public avec construction de bâtiments à usage administratif...). Toutefois, un alignement se réalise, de façon progressive mais rigoureuse, sur les définitions européennes. En témoigne particulièrement la suppression de la condition – autrefois inscrite à l'article 1^e du Code des marchés publics, abrogé au 1^{er} avril 2016 – d'une maîtrise d'ouvrage assurée par le pouvoir adjudicateur dans les marchés publics de travaux. L'article L. 1111-2 du Code de la commande publique est bien moins exigeant que l'ancien état du droit, tout en étant plus fidèle à la lecture retenue en droit de l'Union¹³⁸: l'essentiel dans un marché réside dans l'objet et la présence d'une contrepartie financière ou équivalente, peu important que la maîtrise d'ouvrage soit publique ou privée (ce qui revient à élargir le périmètre du droit des marchés publics).

41. Le hiatus entre droit communautaire et droit interne devait imposer d'autres révisions. La jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 19 juil. 2007, Jean Auroux¹³⁹) a par exemple conduit les autorités nationales à faire évoluer la procédure de passation des concessions d'aménagement (décr. n° 2009-899 du 22 juil. 2009¹⁴⁰). Cette évolution aboutit à renvoyer aux dispositions du Code de la commande publique selon que la concession d'aménagement transière, ou non, un risque économique ; V. C. urb., art. R. 300-4 et s.l. Les efforts de mise en conformité peuvent, néanmoins, laisser

134. GAU n° 107.

135. Par ex., CE, 10 nov. 2010, Pener (C-24/10, n° 54, note Masson); JCPA 2010, 2048, note Lautier, concl. Boucaud.

136. L. Sauerum: Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit européen: l'exemple de la distinction entre contrats publics et contrats privés (LPA 17 mars 2005, p. 15).

137. E. Faivre, L. Roche: MEFA et marché public de travaux (ICMP 2016, Étude 6).

138. V. par ex., CJUE, 18 juil. 2014, impresa Pizzarotti c./ Comune di Iseri et autres, n° C-213/13.

139. GDOAB, n° 18.

140. F. Luxem, P. Souli-Courtaud: La mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire (RDI 2009, p. 616).

subsister certains problèmes de compatibilité (cas du bail emphytéotique administratif¹⁴¹).

3. Impact de la globalisation juridique

42. Le développement des échanges internationaux emporte de nombreuses conséquences juridiques¹⁴² (influence des systèmes de Common Law sur les droits continentaux, compétition entre systèmes nationaux soulignant l'archaïsme – réel ou supposé – du droit français¹⁴³, etc.). Parmi celles qui touchent le droit administratif (droit administratif transnational, droit administratif global)¹⁴⁴, il en est qui intéressent la matière contractuelle (songeons au tropisme anglo-saxon affectant la technique de rédaction des contrats, lesquels vont de plus en plus loin dans le détail). Il s'agit d'abord des incidences d'accords internationaux sur les contrats administratifs, spécialement les marchés publics (Accord plurilatéral sur les marchés, Marrakech, 15 avril 1994 : adopté lors de la création de l'Organisation mondiale du commerce, il lie une quarantaine d'États¹⁴⁵). L'on assiste également au développement des contrats internationaux conclus par les personnes publiques (« contrats d'État »), pour l'accueil d'investissements étrangers ; marchés publics exécutés à l'étranger ; ou, moins généralement, le « contrat de ville hôte » signé le 13 septembre 2017 entre la commune de Paris et le Comité international olympique pour l'organisation des olympiades de 2024¹⁴⁶, qui soulèvent des problèmes délicats, concernant le droit applicable et le juge compétent¹⁴⁷. Inutileusement

141. Décr. n° 2011-2665, 28-4-2011 (CMP N°ur, 2012, p. 28, comm. Quicque ; JCPA 2012, 2057, comm. Besier ; RD 2012 p. 440 comm. Foucault).

142. V. avel., S. Cossu : *Aspects de l'État* (Breyer, 2011) ; J.-L. Huetz : *Précis des approfondissements du droit* (Dalloz, 2009) ; M. Rousset : *Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ?* (Laus Politicum n° 8, 2016).

143. B. du Maine (dir.) : *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites des rapports Doing Business (Dec. française, 2004)* ; F. Rouvroy (dir.) : *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?* (Dalloz, 2005).

144. Par ex., S. Cossu et al. : *Global Administrative Law. The Casebook* (IRPA-IL, 3^e éd., 2012). En Espagne, S. Cossu : *Le droit administratif global : une introduction* (D4 mai 2007, p. 17) ; J.-B. Auzi : *La globalisation, le droit et l'État* (LGDJ, 3^e éd., 2017) ; « Globalisation et droit public » (M. J. Wallace, Dalloz, 2002, p. 102).

145. Sur cette problématique, L. Fouquer-Lauver : *La globalisation du droit des marchés publics* (JUICP 2005, p. 92) ; J.-B. Auzi : *L'internationalisation du droit des contrats publics* (D4 avil/Sept. 2003, p. 51).

146. D. Besier : *Contrats d'État* (Dalloz, Pôle dr. international, 2014) ; M. Auzi : *Les conventions internationales entre personnes publiques* (LGDJ, 2008) ; S. Léonard : *Les contrats internationaux de l'administration* (LGDJ, 2004) ; M. Lauten : *Les contrats administratifs à caractère international* (Economica, 2008). V. aussi, E. Rucci : *Contrats internationaux de l'État public* (Th. Dijon, 1998) ; I.R. M. El Bajouzi : *Histoire des contrats administratifs et marchés publics internationaux* (Th. Nice, 2004) ; S. Baccouche : *L'étrangeté dans les contrats de partenariat* (Rev. Tunis 2007, p. 361) ; M. Lauten : *La nature des contrats administratifs internationaux* (AJDA 2012, p. 242ff).

147. La difficulté concerne l'articulation entre « administrativité » et « internationalité ». Il avait été jugé, par exemple, que le Code des marchés publics ne s'appliquait pas en principe aux contrats conclus et/ou exécutés à l'étranger (CE, 4 juill. 2008, Sri Côte d'Ivoire : CMP 2008, n° 211, note Perna ; RDM 2008, p. 1123, note Meunier ; AJEP 2008, n° 52, note Tassoud) ou que les critères du contrat administratif n'ont vocation à jouer

étudié en France, ce droit international des contrats publics est fondamental, car il « informe » le droit de l'Union européenne et, à travers lui, ceux des États-membres¹⁴⁷.

43. La globalisation en matière contractuelle impose un ajustement du droit français, sous contrainte économique, à des standards internationaux qui ne résultent pas tant de textes que de pratiques d'acteurs. Les systèmes les plus souples, c'est-à-dire les plus attractifs pour les investisseurs, imposent leur ligne aux autres. Ainsi certains modèles contractuels anglo-saxons ont-ils exercé une influence déterminante sur la création de l'ancien contrat de partenariat (ord. n° 2004-559, 17 juin 2004), ensuite qualié de marché (ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015; puis CCP, art. L. 2200-1 s.l.¹⁴⁸); ainsi le système des « biens de retour » dans les concessions de service public françaises (CCP, art. L. 3132-4 a.) se trouve-t-il régulièrement montré du doigt, parce qu'il interdirait le recours à des procédés de financement fréquents à l'étranger (apport en garantie des équipements publics)¹⁴⁹; ainsi le recours à l'arbitrage est-il, encore, exigé par les investisseurs étrangers souhaitant échapper aux juridictions des États d'accueil¹⁵⁰. Sans remettre totalement en cause la structure de la matière, les contrats administratifs se modernisent donc dans une forme de compétition internationale qui a tout d'un « dumping conventionnel ». Ces évolutions, sans doute inéluctables d'un point de vue économique, pourraient toutefois détourner d'exigences majeures tenant à une certaine conception de l'intérêt général.

que si le droit français s'applique au contrat (CE, 19 nov. 1999, l'ygess ; AJD 2000, p. 742, note Flausz ; RCDP 2000, p. 489, concil. Assise de Catusse, note Lissalde ; RDP 2000, p. 378, chron. Guérin ; RPD 2000, p. 833, concil.). Le juge administratif français s'estime désormais compétent pour connaître des manquements aux grands principes de la commande publique commis à l'occasion de la conclusion de contrats passés par les représentations diplomatiques françaises à l'étranger (CE, 29 janv. 2012, 54^e Pre 20 ; ECP 2012, p. 336, concil. Boucic, obs. Nozais ; OMP 2012, n° 278, note Pierre ; DA 2012, p. 32, note Basset ; JCP A 2012, 2357, note Lissalde ; JCP G 2012, p. 2377, chron. Escaudes ; RDP 2012, n° 60, concil.), V. not., P. Basset : Contrat administratif international et droit international privé (AJDA 2010, p. 114).

148. V. par ex., CNJCCI, Guide réglementé sur les projets d'infrastructure à financement privé (2010).

149. V. supra n° 25.

150. E. Fabre : À propos de l'apport en garantie des équipements publics (AJD 2000, p. 210 ; E. Fabre, P. Tessier : « faut-il abandonner la théorie des biens de retour dans les délégations de service public ? » In *Contrat et propriété publique*, dir. G. Clauzel, LexisNexis, 2001, p. 217). V. encore, « Retour sur l'apport en garantie des équipements publics » (M. Fabre, Deloix, 2011, p. 465).

151. M. Auer (dir.) : Arbitrage international et contrats publics (Bruylants, 2011).

V. n° 248 s.

Chapitre 2

La notion de contrat administratif

44. La diversité des usages de l'outil contractuel par l'administration emporte des difficultés pour l'exercice de conceptualisation. Comme toujours, les faits éprouvent considérablement l'effort de systématisation : la matière conventionnelle n'y échappe pas. Cerner la notion de contrat administratif implique de la distinguer de ses voisines [I], avant d'envisager les techniques d'identification [II] et les critères de classification [III] des contrats administratifs.

Distinguer

A. Contrat administratif et acte administratif unilatéral

45. À cette première partition des actes de l'administration s'attachent de multiples enjeux : les autorités administratives compétentes peuvent varier¹, l'effet de l'acte n'est pas le même (effet relatif du contrat ; effet *erga omnes* de certains actes unilatéraux, en l'occurrence les règlements), son traitement contentieux non plus. Or, cette distinction n'est pas aussi simple qu'il y paraît².

1. Les racines unilatérales du contrat administratif

46. « On ne naît pas femme, on le devient » (S. de Beauvoir). De même, le contrat administratif « n'est pas né contrat » (Y. Gaudemet³) : il l'est devenu. Jusqu'au milieu du xx^e siècle, la forme contractuelle impliquait la soumission au droit privé et la compétence du juge judiciaire. Il ne pouvait y avoir cumul, pour un même acte, du caractère contractuel et de la dimension administrative (en dépit d'une terminologie parfois trompeuse : les « baux administratifs », contrats de louage de biens appartenant aux personnes publiques, étaient soumis au droit privé). La conciliation n'aura lieu que

1. À titre d'exemple, le maire délivre les autorisations unilatérales d'occupation du domaine public, alors que les conventions d'occupation impliquent un vote du conseil municipal (malgré les termes ambiguës de l'article R. 2261-1 du CGCT).

2. Auteur de cette question, S. Plossu : « Contrat et acte administratif unilatéral » (M. Brabant, Dalloz, TPA, p. 239) ; M.-H. Séresse : « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? » (TCD civ., 1993, p. 239).

3. RDP 2018, p. 315.

très progressivement. Jusqu'à l'entre-deux-guerres, il est davantage question de « fermes », de « concessions » ou de « marchés » que de contrats, ces termes visant un ensemble de procédures qui permettaient de choisir les titulaires de droits exclusifs. Et jusqu'à la Libération, une doctrine informée (Péquignot, L'Huillier⁴) conteste la nature authentiquement contractuelle du contrat administratif : l'administration se trouvant en position de supériorité, le « contrat » ne saurait être une contrainte et lui tenir lieu de loi (contrairement aux prescriptions de l'ancien article 1134 du Code civil, devenu article 1103⁵). Le droit administratif n'approuve donc la notion de contrat que graduellement. De ces origines non contractuelles du contrat administratif, il reste d'ailleurs des traces. Ainsi le régime des contrats administratifs n'est-il pas une matière réservée à la loi⁶, alors que cette dernière détermine les principes fondamentaux « des obligations civiles et commerciales » (Constitution, art. 34). En filigrane transparaît cette idée que les « obligations administratives » renvoient davantage à des questions de procédure administrative qu'aux « vraies » obligations. Si le législateur pouvait toujours intervenir en cette matière, il n'y était pas tenu ; ceci expliquait, entre autres, le caractère exclusivement réglementaire du Code des marchés publics avant son abrogation au 1^{er} avril 2016⁷. Toutefois, les textes de valeur législative sont maintenant de plus en plus présents (surtout des ordonnances : ordonnances « Marchés publics », « Concessions » et Code de la commande publique), suggérant un phénomène tardif de revvalorisation normative des contrats administratifs. C'est une manière de reconnaître à ces conventions une nature juridique plus proche de celle des obligations civiles entre créanciers et débiteurs.

2. Le « choix des armes »

47. La consécration de la liberté contractuelle des personnes publiques⁸ – à laquelle le Conseil constitutionnel a fini par reconnaître, levant ses

4. J. L'Huillier : Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? (D 1953, chron. p. 87).
5. V., J.-M. Raveau : Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public ? (ROP 1985, p. 1103).
6. CE, 27 août 2002, n°2022-640 DC (AJDA 2002, p. 1057, comm. Dallez et Tissot), V., Y. Gauvain : Le contrat administratif, un contrat hors la loi (ICC 2005, n°17, p. 142) ; E. Arribalzaga : Le domaine de la loi et du règlement dans le droit des contrats administratifs (Th. Paris 2, 2012).
7. L. Roze : « Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics » (Mé. Fertim, Dallas, 2011, p. 411).
8. CE, 26 nov. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux (ROP 1984, p. 212, note Auri ; RTDA 1984, p. 45, note Luton) ; CE, 28 juil. 1998, Seal Borg Warner Isolt (ROP 1999, p. 248, obs. Luton et Tissot) ; V., dossier « La liberté contractuelle des personnes publiques » (AJDA 1998, p. 643 s.) ; M. Marouze : La liberté contractuelle des collectivités territoriales (PUAM, 2002) ; P.-X. Port : « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle » (Mé. Guélat, PU Montpellier, 2004, T. 1, p. 27) ; T. Fuzet : La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes (RFDI 2012, p. 211) ; J.-M. Poisson : La liberté contractuelle des personnes publiques (AJDA 2013, p. 837) ; P.-Y. Gauvain et M. Unzu-Ilizalozu : Un Code de la commande publique sans liberté contractuelle ? (CAMP 2019, Repère 111).

réticences initiales, une valeur constitutionnelle⁹ – s'inscrit dans un vaste mouvement de « subjectivisation » du droit administratif [qui reste à étudier dans son ensemble]. Les personnes publiques sont normalement libres d'opter entre les actes de leur choix et de recourir, le cas échéant, au contrat¹⁰. Cependant, l'une de ces options instrumentales est parfois privilégiée. Il en va ainsi du contrat pour la délégation d'une mission de service public afin de respecter, par la procédure de passation, les exigences du marché concurrentiel [CE, 4avr. 2007, *Cne d'Aix-en-Provence*¹¹]. Au surplus, les contractants publics choisissent librement dans la panoplie des outils qu'offre le droit français. En dehors de l'alternative standardisée – le « prêt-à-porter conventionnel » : marché public ou concession –, l'inventivité des parties se traduit par une grande variété de montages.

48. Il s'agit, toutefois, d'une liberté surveillée. La jurisprudence consacre, en effet, une interdiction de contracter dans les matières se rattachant à la police¹² [CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnau-d'Endroits*¹³]. Les cas les plus typiques correspondent à la surveillance des voies publiques ou aux mesures de contrainte sur les personnes. Cette prohibition ne manifeste d'ailleurs pas tant une allergie de la police au contrat qu'une interdiction de déléguer les fonctions de police, laquelle concerne aussi les délégations unilatérales et se rattache, plus généralement, au principe d'indisponibilité des compétences en droit public¹⁴. En outre, l'interdiction de contracter déborde la police administrative [voire les fonctions régaliennes], pour atteindre des matières l'exercice du pouvoir de décision unilatérale¹⁵, enseignement public, etc.) dont la cartographie n'obéit à aucune considération rationnelle et traduit simplement la volonté du législateur, telle qu'interprétée par le juge (soit en pratique, bien souvent, la seule volonté de ce dernier). L'évolution des textes et de la jurisprudence témoigne d'un déplacement continu du

9. CC, 30 nov. 2006, n° 2006-542 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie* (Avec, p. 128; V., P.-Y. Gillemin, *La liberté contractuelle dans la prépondérance du Conseil constitutionnel* [Dalloz, 2008]).

10. M. Moreau, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral* [Th. Montpellier, 2016].

11. AJDA 2007, p. 1020, chres. Lescot et Bouchez; CDP 2007, n° 151, note Escoff.; DA 2007, n° 95, note Blaux et Blazy; JCPA 2007, 2111, note Kamenica, 2125, note Lescot, 2128, note Poncet; AFDA 2007, p. 812, concl. Seznec, p. 821, note Bouchez; RAPF 2007, p. 273, concl.

12. J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel* [AJDA 1985, p. 3]; J. Pelt, « Nouvelles d'uri autorité : contrat et police » [M. Moreau, *Economia*, 2003, p. 245], dossier « Police administrative et contrat » [Contrat public 2007/9, p. 19 s.]; M. Poncet, *Le recours au contrat en matière de police administrative* [Th. Lyon 3, 2010].

13. OJ, 1932, III, p. 26, concl. Josse.

14. G. Tissoux, *L'indisponibilité des compétences* [in AFDA : *La compétence*, Léc., 2008, p. 101]. Mais le contrat peut servir pour la facturation d'activités de police réalisées au profit de particuliers [M. Lescot, *Contrat et police : la facturation des achats des forces de l'ordre à des personnes privées* ; AJDA 2010, p. 2226].

15. V., sur l'ilégalité d'une clause par laquelle une partie s'engage à modifier la réglementation dans un sens déterminé, CE, 9 juil. 2015, *Football Club des Géorgines de Bordeaux*; BUCP 2015, p. 414, concl. Bourassa-Macouna).

cuseur, le contrat pénétrant de plus en plus dans les « secteurs exclus », notamment dans le domaine de la sécurité (prisons à gestion « mixte », etc.) et de la surveillance (par ex., possibilité d'« externalisation » de la verbalisation du stationnement payant – et non payé – ouverte par sa dé penalisation¹⁶) ; certaines pratiques sont quelquefois en limite de la légalité (une illustration : la signature d'une convention dans l'Oise, en mars 2017, entre les services de gendarmerie et des chasseurs associés à diverses missions de sécurité). Ce mouvement révèle sans doute une mutation dans la conception même du rôle de l'État. Il est à l'origine d'incertitudes non seulement sur le périmètre du secteur « contractualisable », mais aussi parce que seules les activités susceptibles d'être déléguées par contrat peuvent donner lieu à l'engagement d'une responsabilité pénale des personnes publiques¹⁷.

49. Il existe également des cas où la contractualisation, sans être interdite, s'avère tempérée : le recours au contrat n'est possible que dans des conditions précises. En premier lieu, les personnes publiques ne sauraient recourir – sauf autorisation textuelle – à certains contrats, pour des raisons variées. Il peut s'agir de protéger l'administration et son juge (interdiction des conventions d'arbitrage¹⁸) ou d'assurer le respect des règles de la domanialité publique et de la commande publique (exclusion du crédit-bail¹⁹ ou de la vente en l'état futur d'achèvement²⁰, sauf cas particuliers). En second lieu, les clauses réputées contraires à l'ordre public sont illégales (clauses abusives au sens du droit de la consommation²¹, par exemple).

3. Les difficultés de la distinction

50. Le principe de la distinction est simple : il réside dans les effets juridiques de l'acte administratif²². Si celui-ci est destiné à régir le comportement de tiers, il est unilatéral ; s'il vise à régler les relations entre ses auteurs (sans préjudice d'effets éventuels à l'égard des tiers), il est contractuel. Le nombre des auteurs de l'acte est indifférent, un acte unilatéral pouvant être édicté par plusieurs auteurs à l'instar d'un contrat (arrêtés

16. Art. 63 de la loi n° 2014-56 du 27 janv. 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM). Pour un bilan d'étape décevant, T. Deneuve, C. Nouzeix, *Le recouvrement des amendes de circulation et des forfaits de post-stationnement : un système grippé ?* (rapport Sérial n° 651, 10 juill. 2015). V. aussi P. Fourt, *Réforme du stationnement payant*, sur voirie : tout cela pour ça ? (Dr. voie 2015, n° 218, p. 192).

17. Code pénal, art. 121-3 al. 2.

18. V. n° 248 s.

19. CE, avis 30 mars 1999, 70V Sud-Est (EDCE n° 41, 1999, p. 236 ; 84CE 2-64, 2002, n° 20, comm. Lautalle).

20. CE, 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées (EDDA8, n° 17).

21. CE, 11 juil. 2001, 561 des eaux du Nord (A.D.A. 2001, p. 853, chron. Gouzeau et Cie, p. 853, note Gouzeau) ; J.C.P. 2001, p. 518, concl. Gouzeau, note Flavien ; C.J.G. 2001, p. 476, concl. D. 2001, p. 2810, note Aissa ; J.C.P. 2001, I, 368, obs. Bourau ; R.D.P. 2001, p. 1495, note Bourau.

22. C. Esquenazi : *Cours de droit administratif* (LGDJ, T. 2, 1993, p. 399 s.).

interministériels...²³. Mais la mise en œuvre de ce principe est complexe : l'unilatéralité encercle les contrats administratifs et y pénètre parfois, de sorte qu'il n'est pas toujours évident de distinguer le bon grain de l'husse. Un élément utile de différenciation des conventions – peut-être sous-estimé – réside dans la réciprocité qui caractérise, pour l'essentiel, l'échange des consentements et l'économie des engagements²⁴.

51. Un premier cas-limite est celui des *faux contrats*. L'extension du champ de l'outil contractuel s'est en partie réalisée au détriment de sa force juridique, le contrat perdant en densité ce qu'il a gagné en étendue. Il en résulte des incertitudes sur la qualification juridique de certains actes, que le juge libre en cas de contentieux. Si les contrats de plan – pendant un temps, contrats de projets – se sont vu reconnaître une nature authentiquement contractuelle [CE, 8 juillet 1988, Min. à l'aménagement du territoire²⁵], ce fut au prix d'une contorsion théorique [CE, 25 oct. 1996, Assoc. Estuaire-Écologie²⁶]. La jurisprudence a au contraire requalifié en actes administratifs unilatéraux des actes dont la procédure d'élaboration ou la présentation tirait vers le contrat, mais dont le contenu n'était pas contractuel²⁷ : ainsi des contrats-types, des actes négociés (protocoles d'accord sur les salaires dans la fonction publique, accords tarifaires avec les professionnels de santé...) ou encore des conventions entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et les opérateurs du secteur. De tels actes sont logiquement traités comme des actes administratifs unilatéraux ; par exemple, les « contrats d'agriculture durable » conclus en application des anciens articles R. 311-1 et suivants du Code rural ont été assimilés à des actes unilatéraux créateurs de droits [CE, 26 juillet 2011, EARL Le Pâris Maillet²⁸].

52. Une autre situation délicate est celle des actes mixtes. Ces « hermaphrodites juridiques » sont des contrats à contenu partiellement réglementaire²⁹. L'illustration la plus connue est celle des concessions de service public, qui comportent des dispositions réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement du service [clauses tarifaires, notamment]. Mais cette manifestation est loin d'épuiser les facultés reconnues aux parties, souvent conduites à réglementer au sein du contrat ; ainsi, par

23. H. Boureau : *Les contestations en droit administratif* (IJDJ, 2003) ; B. Soulier : *Acte administratif* (IRDC 2015, n° 38 s.l.).

24. V. par ex., A. de Luzeacote : « Administration et contrat » (*Méth. Droit de la Géssaye*, Bâle, 1968, pp. 457-458).

25. AFDA 1988, p. 25, *cancel.* Ditz. V. aussi, s'agissant d'un contrat d'agglomération, CAA Bordeaux, 16 juillet 2010, *Cpt de Tarn-et-Garonne*, n° 12BX01432.

26. *Ibid.*, p. 415. Si le juge la qualification de contrat, le juge considère que « ce contrat de plan n'importe, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit ».

27. P. Haureau : *Le combat des qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions* (IRDC 2005, p. 434).

28. BUCP 2012, p. 41, *cancel.* Donon-Bouchez.

29. Y. Muzot : *Aux frontières du contrat et de l'acte unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français* (IJDJ, 1971).

exemple, pour la convention relative à la communication électronique entre juridictions judiciaires et avocats³⁰. Logées dans le corps du contrat ou dans le cahier des charges, ces « scariifications unilatérales » sont traitées au contentieux pour ce qu'elles sont : savoir, des « micro règlements » insérés dans la convention, ce qui permet aux tiers de les attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir ou de les invoquer à l'appui d'un tel recours³¹.

53. Il existe également – authentiques Janus – des contrats à contenu intégralement réglementaire : c'est le cas des conventions constitutives de groupements d'intérêt public, dont le contenu et les effets sont de nature réglementaire (V., à propos des anciennes agences régionales de l'hospitalisation : CE, 14 janv. 1998, Synd. départemental Interco 35 CFDT³²). Sont aussi tenus, jusqu'à présent, pour des contrats à contenu réglementaire ceux ayant pour objet le recrutement d'agents publics. Discutable³³, cette qualification se justifie par le statut pré-déterminé auquel les agents contractuels se trouvent mécaniquement soumis. Par conséquent, le juge admet l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces actes fictivement conventionnels (CE, 30 oct. 1998, Ville de L'Isle³⁴). Une telle solution a été réaffirmée malgré l'ouverture d'un recours de plein contentieux au bénéfice des tiers (CE, 2 févr. 2015, Cne d'Aix-en-Provence³⁵) et témoigne d'une forme de prégnance de l'unilatéralisme dans l'action publique³⁶. Celle-ci s'exprime encore dans la situation des usagers des services publics administratifs, notamment sociaux : par exemple, malgré la signature d'un « contrat de séjour » avec un centre communal d'action sociale, le bénéficiaire des prestations est placé dans une situation statutaire³⁷. Il en va en outre ainsi du bénéficiaire du revenu de solidarité active, quelque celui-ci signe un « contrat librement débattu » énumérant des engagements réciproques en matière d'insertion professionnelle³⁸.

54. À cela s'ajoute que, si la distinction entre acte unilatéral et contrat est capitale, ses effets ne doivent pas être exagérés. Le traitement des actes de l'administration est, à divers égards, indifférent à leur forme : comme les contrats sont conclus *in itinere* personae, les autorisations unilatérales sont souvent délivrées en considération de la personne du demandeur ; quant

30. CE, 15 mai 2013, Ordre des avocats au barreau de Marseille, n°342500.

31. V. n° 287 et n° 288.

32. AJDA 1999, p. 164, note Poux.

33. V. par ex., G. Gouraud, Les clauses proprement contractuelles du contrat de fonction publique (AJDA 2014, p. 1992).

34. RFDA 1999, p. 128, cond. Bata, p. 139, note Pousse.

35. AJDA 2015, p. 770, note Mellouez.

36. Cela justifie, par exemple, l'application immédiate d'une réglementation aux agents contractuels (CE, 19 nov. 2010, Auzanet et la concurrence : AJDA 2011, p. 301, note Mellouez).

37. CE, 5 juil. 2017, Mise B. (AJDA 2017, p. 3418, note Cumoul ; BACP 2017, p. 355, cond. Pélissier ; DMP 2017, n° 221, note Expert).

38. CE, 4 déc. 2019, Mise B. (AJDA 2019, p. 2020, obs. Puel).

aux conditions de cession des titres, elles ne diffèrent guère (un agrément de l'administration étant exigé, pour un contrat comme pour une autorisation unilatérale). On observe, de surcroît, une convergence des régimes. D'une part, le droit de l'Union européenne est indifférent à la forme de certains actes : un acte unilatéral peut constituer une concession au sens européen³⁹. D'autre part, un phénomène de rapprochement a pu être relevé en droit interne, entre autres pour ce qui concerne les titres d'occupation du domaine public⁴⁰. Par exemple, les modalités de publicité et de mise en concurrence sont semblables, que le titre domanial soit un contrat ou non (ord. n° 2017-562 du 19 avr. 2017, art. 3). De plus, l'article R. 2125-5 du CGPPP implique désormais que tout titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public peut prétendre à une indemnisation lorsque son titre – quelle qu'en soit la forme – est abrogé ou résilié pour motif d'intérêt général (alors que classiquement, un droit à indemnisation existait au profit des seuls titulaires de contrats d'occupation). Pareille convergence bent, assez largement, au phénomène contemporain de « patrimonialisation » des titres administratifs, qui affecte les deux catégories⁴¹.

B. Contrat administratif et catégories voisines

1. Les quasi-contrats administratifs

55. Contrairement aux contrats, les quasi-contrats sont des engagements juridiques qui se forment sans convention, l'équité commandant de résorber certains déséquilibres. Le juge administratif a repris à son compte les théories de l'enrichissement sans cause (dorénavant enrichissement injustifié, en droit civil), de la répétition de l'indu et de la gestion d'affaires, en visant – selon les arrêts – le Code civil lanc. art. 1371 s. ; nouv. art. 1300 s.) ou des principes généraux du droit⁴². S'il est parfois assimilé à un régime de responsabilité administrative, le quasi-contrat devrait être plus strictement conçu comme une source autonome d'obligations. Lorsque l'on y recourt, il ne s'agit pas d'indemniser un préjudice, mais bien d'exécuter un engagement né d'un fait volontaire et non d'un acte contractuel. C'est, par

39. Communication interprétative de la Commission sur les concessions, 29 avr. 2000 (OJCE 2000/C 121/02) ; CJUE, 13 oct. 2003, *Parking Urban GmbH*, point 40 (Rec. CJUE 2005, I, p. 8385, cond. Koorn) ; CMP 2005, n° 306, note Ewen ; ICPh 2005, 1031, obs. Souccar. En revanche, un marché public de travaux présente un caractère nécessairement contractuel (CJUE, 8 mai 2013, Éric Libert et al. c/ Gouvernement flamand ; CMP juill. 2013, p. 1, obs. Licençal/Zimmer et n° 184).

40. C. Mamonova, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public » [Méf. Gabel, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 517].

41. Dossier « La patrimonialité des actes administratifs » [XDMA 2009/7].

42. V., F. Masse-Luxen, « Le quasi-contrat en droit administratif » (Th. Nancy 2, 1991) ; F. Masse : « Les quasi-contrats administratifs » (Sirey, 1995) ; R. Chauz, « Droit administratif général » (Montchrestien, 19^e éd., T. I, 2001, p. 1221 s. avec bibliographie). Par ex., J. Massou : « Variations sur l'enrichissement sans cause » [Méf. Fatima, Dallier, 2011, p. 340] ; M. Le Coq, « L'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique » (ICPh 2013, Pratique 6).

exemple, sur le terrain quasi-contractuel que le cocontractant de l'administration peut prétendre à une indemnité correspondant au remboursement de dépenses non prévues, mais utiles à la collectivité ; ceci, en application d'un contrat annulé [CE, 10 avr. 2008, *Sté Decaux*⁴³], voire pour des prestations non prévues par le contrat annulé et qui n'avaient pas été demandées par la personne publique [CE, 18 nov. 2011, *Cté de crues de Verdun*⁴⁴]. L'exécution des obligations qui résultent du comportement des parties dépend, en revanche, de l'ilégalité affectant le contrat initialement conclu. Ainsi, lorsque le consentement de l'administration a été vicié, le mécanisme quasi-contractuel est « grippé » [CE, 8 oct. 2017, *Sté Cogelec Perpignan*⁴⁵]. Souvent pathologique, le quasi-contrat demeurerait presque une curiosité en droit administratif s'il ne contribuait remarquablement à l'équilibre des situations et à l'équité du droit.

2. Les avant-contrats administratifs

56. Les avant-contrats constituent une forme contractuelle de pourparlers destinée à préparer un contrat définitif⁴⁶. Ils peuvent avoir pour objet la négociation [accords de principe] et la conclusion [contrats-cadres, promesses de contrat] d'un contrat définitif, ou encore l'obligation de privilégier un éventuel cocontractant [pactes de préférence]. Encore que sa place apparaisse réduite en droit administratif, compte tenu de la formalisation des procédures de passation, l'avant-contrat peut – le cas échéant – précéder un contrat administratif⁴⁷. Mais la distinction entre avant-contrat et contrat administratif s'avère parfois délicate. Sans se recouvrir parfaitement, les deux catégories se croisent quelquefois en application des critères jurisprudentiels de qualification ou d'un texte. La situation des accords-cadres⁴⁸, qui intègrent à présent les anciens marchés à bons de commande, témoigne de ces difficultés théoriques. Un temps qualifié explicitement de contrat⁴⁹ [anc. ord. 23 juill. 2015, art. 4], l'accord-cadre est une technique d'achat [CCP, art. L. 2125-1 et art. L. 2325-1] qui organise pendant une certaine durée la commande publique et la présélection des opérateurs économiques (cette fonction supposant le respect du principe de transparence et de ses

43. Rer. p. 152, concl. Daccord ; AJDA 2008, p. 1992, chron. Bouchet et Bouqueron-Machado.

44. AJDA 2012, p. 590, note Astier ; DA 2012, n° 4, note Bresser ; RICF Mar. 2012, p. 24, note Caron, p. 29, obs. Guérin.

45. AJDA 2017, p. 2189, chron. Rousse et Nicolas ; JCPA 2018, p. 61, concl. Houssier ; CCP 2017, n° 295, note Usseau-Bonnotte ; JCPA 2017, 2292, note Mame.

46. J.-M. Mousseron, M. Guéry, G. Mame : *L'avant-contrat* [dir. F. Lefebvre, 2011].

47. M. Gosselin-Roux : *Les avant-contrats administratifs* [Mém. Paris 2, 2007] ; I. Desautel : *Les avant-contrats et le domaine public* [CQP N 2009, 12088].

48. G. Mame : *Remarques sur une nouvelle catégorie de contrat : l'accord-cadre* [DA 2007, Étude 11].

49. M. Usseau : *La réforme de l'accord-cadre* [AJDA 2016, p. 1995].

déclinaisons⁵⁰. Si l'avant-contrat reste rare, il l'est moins lorsqu'il précède un contrat privé de l'Administration⁵¹.

3. Les contrats publics

57. De même que le « droit de l'administration » déborde le seul « droit administratif » (l'activité administrative se déploie, pour partie, sous un régime de droit privé et sous le contrôle du juge judiciaire), les contrats de l'administration ne se résument pas aux contrats administratifs. Les personnes publiques concluent également des contrats de droit privé (il s'agit, par exemple, des contrats à objet immobilier par lesquels les collectivités achètent ou vendent des biens ; de la plupart des conventions de garantie d'emprunt...) : en matière contractuelle comme ailleurs, elles font soit de la « gestion publique », soit de la « gestion privée ».

58. Pour désigner l'ensemble des contrats conclus par les personnes publiques, les auteurs utilisent aujourd'hui fréquemment l'expression « contrats publics ». Cette catégorie transcendant le clivage administratif/privé, elle est nettement moins homogène que celle des contrats administratifs (soumise à un régime complet de droit administratif). Il existe juste quelques éléments communs, découlant du critère personnel⁵². Quant à l'expression « contrats publics d'affaires », elle vise simplement ceux passés avec des opérateurs économiques selon des procédures encadrées⁵³. Dépourvues de valeur explicative, ces catégories doctrinaires n'emportent pas vraiment la conviction, au vu de la structure binaire du droit interne. D'ailleurs, elles ne sont utilisées ni par les textes ni par la jurisprudence.

III. Identifier

59. Identifier les contrats administratifs, au sein des contrats conclus par l'administration, permet de connaître les règles applicables (régime de

50. Ainsi de l'interdiction des ententes entre candidats (IA Lyon, 15 juillet 2015, 54 Baudoin IP, CMF 2015, n°170, note Divautin) ; ou de la détermination des critères (CE, 8 juill. 2013, USAP, JCPA 2014, 2004, note Leconte), qui comporte des difficultés propres (F. Lefebvre : Exclusivité et accord-cadre, l'héritier retour : JCPA 2018, 2345).

51. Il s'agit en particulier des promesses de vente des biens du domaine public, visées par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 (ODPPP, art. L. 2112-4). V., P.-M. Muret-Vieaucourt : La réforme en « clair-obscur » des promesses de vente sur le domaine public (IRFD 2018, p. 67).

52. Par ex., M. Auzier : La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne (Brepols, 2014) ; L. Marcus : L'ordre des contrats publics (Dalloz, 2010) ; G. Quenne : « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics » (Méf. Gabal, PU Montpellier, 2004, T. 2, p. 627).

53. S. Bousquet : L'autonomie contractuelle du contentieux des contrats publics d'affaires (RDP 2010, p. 327) ; « Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité » (Méf. Gabal, PU Montpellier, 2004, T. 2, p. 379).

droit public⁵⁴ et l'ordre juridictionnel (administratif) compétent en cas de litige. Cette détermination procède de la loi ou de la jurisprudence, qui applique généralement – mais non systématiquement – une méthode indiciaire.

A. Les « contrats administratifs par détermination de la loi »

50. Depuis presque deux décennies, l'inflation des qualifications législatives fait rage. Elle aboutit à faire croître la famille des contrats administratifs par détermination de la loi, au risque de modifier les équilibres à l'intérieur de la vaste catégorie des contrats publics⁵⁵. Furent explicitement qualifiés de contrats administratifs ceux soumis au Code des marchés publics (loi n° 2001-1168 « MURCEF » du 11 déc. 2001, art. 2)⁵⁶, les – anciens – contrats de partenariat (ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004)⁵⁷, les concessions de travaux publics (ord. n° 2009-864 du 15 juill. 2009, art. 1 et 11)⁵⁸; ou encore, les contrats d'achat d'électricité conclus entre Électricité de France et les distributeurs nationalisés d'une part, certains producteurs d'énergies renouvelables d'autre part (loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000, art. 10, modifié par loi « ENL » n° 2010-789 du 12 juill. 2010, art. 68)⁵⁹. La

54. Outre les règles relatives à leur passation et à leur exécution (examinées plus loin), le caractère administratif des contrats en fait normalement des documents administratifs communiquables au sens de l'ancienne loi n° 78-752 du 17 juillet 1978, codifiée aux articles L. 320-1 s. du Code des relations entre le public et l'administration (J.-B. Auri, *J.-C. Adm., Pass.*, 10^e éd., spéc., n° 26). Ce principe suscite toutefois des nuances, certaines particulièrement discutables (V. E. Soulairet: *L'accès aux contrats de partenariat* (AJDA 2012, p. 2342). V. également le caractère communiquer de l'ensemble des pièces d'un marché, hormis celles qui relèvent de la stratégie commerciale de l'entreprise concurrente, condition qui peut s'avérer restrictive : CE, 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan (CMR) 2016, n° 148, note Usine-Bureau).

55. Sur cette catégorie, F. Beauzat: *Contrats administratifs par détermination de la loi* (J.-C. Adm., Pass. 2011, V. aussi, R. Pass): *L'identification du contrat administratif* (Th. St-Etienne, 2016).

56. Cette qualification signait la fin de la catégorie des « marchés publics de droit privé », dont la jurisprudence avait auparavant reconnu l'existence (T. confl., 8 juill. 1999, *Cie de Sane*; AJDA 1999, p. 626, chres, Fouasse et Renouf; RDP 2000, p. 247, note Lucas; RPDA 1999, p. 1163, concr. Soulairet). À titre d'illustration, les marchés conclus par l'Union des groupements d'achats publics furent qualifiés de contrats administratifs, dès lors qu'ils étaient soumis au Code des marchés publics (T. confl., 14 nov. 2011, USAP; CMP 2012, n° 5, note Parie, 24 janv. 2012, p. 2, obs. Nozziou). Pour un exemple de conséquence : T. confl., 19 nov. 2012, Sté Senege rapide des Planches (AJDA 2013, p. 296, note Marnet).

V. également d'un contrat portant sur l'édition d'un guide touristique, dont l'objet et l'équilibre économique ne permettaient pas de retenir la qualification de marché public : T. confl., Tarr, 2014, Sté SEVP IBACP 2014, p. 286, concr. Gauze ; CMP 2014, n° 163, note Bouvier ; DA 2014, n° 47, note Sall. Ajustons que, fait logiquement, cette qualification bâtuelle ne pouvait jouer si le code n'était pas applicable au jour de la conclusion du marché (V. à Mayotte, T. confl., 9 févr. 2015, Sté Senege, n° 3982).

57. Texte abrégé par l'ord. n° 2015-879 du 23 juil. 2015, art. 22.

58. Texte abrégé par l'ord. n° 2016-45 du 29 janv. 2016, art. 22.

59. F. Macario: *Le Grenelle II et la nature administrative des contrats d'achat d'électricité* (CMR 2011, étude II). Le dispositif rétroactif imaginé par le législateur a suscité un abondant contentieux. Ces contrats pourraient sevoyer des difficultés inédites, entre autres

récente codification du droit de la commande publique a partiellement simplifié l'état du droit positif. Désormais, tous les contrats relevant du Code de la commande publique, s'ils sont passés par une personne publique, s'analysent en principe comme des contrats administratifs (CCP, art. L. 6^e). La référence au critère personnel réduit sensiblement le périmètre de la catégorie ; mais par une étrange précaution, l'article 2 de la loi MURCEF (pré-cité) demeure applicable.

61. L'intervention du législateur est particulièrement remarquable, quand elle touche des contrats conclus entre personnes privées : l'exigence d'une partie publique, habituellement requise, se trouve alors écartée afin de soustraire le contentieux de tel ou tel contrat au juge judiciaire. C'est le cas des contrats d'achat d'électricité, on l'a dit, depuis qu'EDF est devenue une société [cf. loi n° 2004-803 du 9 août 2004 et décr. n° 2004-1924 du 17 nov. 2004]. Cela l'était aussi des concessions de travaux publics, puisque l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 visait tant les personnes publiques que certaines personnes privées, avant son abrogation au 1^{er} avril 2016. Intégrées au sein des autres concessions, ces dernières conventions ne sont administratives par détermination de la loi qu'en présence d'une personne publique. On mesure néanmoins l'influence réaliste du droit de l'Union européenne, indifférent au statut « personnes publiques ou démembrements de droit privé » des « entités adjudicatrices » ou des « pouvoirs adjudicateurs » [la seule question qui vaille étant que les personnes publiques comme leurs émanations soient soumises aux exigences de transparence]⁶⁰.

62. Mais la qualification de contrat administratif par détermination de la loi appelle plusieurs nuances. Le législateur emploie quelquefois l'adjetif « administratif » pour qualifier un contrat, sans parler expressis verbis de « contrat administratif » ; c'est le cas, s'agissant des baux emphytéotiques administratifs. L'intervention du législateur peut, en outre, présenter un caractère surabondant, le jeu des critères jurisprudentiels aboutissant en tout état de cause à la qualification de contrat administratif⁶¹ [cas des mêmes BEA et des autres contrats d'occupation du domaine public]. Surtout, nombre de textes ne qualifient pas en réalité le contrat, mais procèdent simplement à une attribution de compétence au juge administratif ; ainsi, pour les litiges relatifs aux conventions d'occupation du domaine

quand le producteur est une collectivité publique faut-il alors faire jouer la théorie du contrat administratif « à l'envers », la société EDF étant dépouillée des prérogatives dont elle bénéficiait comme établissement public tandis que le producteur administratif dispose des pouvoirs classiques de l'administration contractante ?

60. G. ECKER : Faut-il « administrativiser » les contrats privés de la commande publique ? (CAMP 2008, Repère 1).

61. Par exemple, une société immobilière peut être qualifiée d'organisme de droit public (CJUE, 22 mai 2003, Rista Rothosen : préc. n° 21) ; une société chargée de la planification et de la création de centres pénitentiaires est un pouvoir adjudicateur (CJCE, 16 oct. 2003, Commission c/ Espagne : préc. n° 21).

62. R. CHAUSS : Droit administratif général (Monachstein, 15^e éd., 2001, T. I, n° 730).

public [CGPPP, art. L. 2331-1] ou aux cessions des biens immobiliers de l'État [CGPPP, art. L. 2331-1]. De là est *ipso facto* déduite la nature administrative des contrats [au prix d'un raisonnement d'après lequel le fond suit la compétence, et non – comme il est habituel – la compétence le fond]. Il serait pourtant envisageable que des contrats restassent de droit privé tout en étant soumis au juge administratif. Les auteurs classiques distinguaient d'ailleurs soigneusement la question de la compétence et celle de la nature du contrat⁶³. Il faut aussi noter – par comparaison – que la doctrine n'a jamais déduit des lois transférant le contentieux de certains actes administratifs unilatéraux au juge judiciaire [notamment, s'agissant de ceux édictés par des autorités administratives indépendantes] une dénaturation en actes de droit privé. La qualification « législative » des contrats administratifs procède donc, pour partie, d'une interprétation doctrinale.

Complexité dans ses expressions, la qualification des contrats administratifs par la loi emporte, en principe, des conséquences radicales et invariables. Elle ne saurait être contrecarrée par une analyse indiciaire. Et, pour la déjouer, il faut logiquement se prévaloir d'une autre disposition – au moins de valeur législative – imposant une qualification différente ou prévoyant la compétence du juge judiciaire. Il en va de la sorte en ce qui concerne la mise en cause de la responsabilité contractuelle des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle, le contentieux de cette dernière relevant de tribunaux de grande instance spécialisés (art. 196 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011). Cela invite le juge à une certaine prudence, en privilégiant une interprétation stricte des dispositions législatives et en limitant la portée du recours à la technique de l'accessoire⁶⁴.

B. La méthode indiciaire

63. Alors que les contrats relevant de la catégorie précédente peuvent être administratifs par accident (lorsque leur qualification procède simplement d'une volonté législative de faire obstacle à la compétence judiciaire), les contrats administratifs par application de critères jurisprudentiels sont véritablement imprégnés d'administrativité. Ces critères renvoient à trois paramètres : la qualité des personnes signataires (critère personnel), l'objet et le contenu du contrat (critères alternatifs)⁶⁵. Le rôle joué par la commune volonté des parties demeure assez modeste, car la méthode indiciaire repose essentiellement sur des éléments objectivés. Quoique les personnes

63. Par ex., G. Jus : *Les principes généraux du droit administratif* (Hiard, 1926, t. 3 ; rééd. Dalloz, 2011, p. 476 n.). L'auteur étudie successivement les contrats administratifs dont le contentieux est attribué au juge judiciaire et les contrats privés dont le contentieux est dévolu aux juridictions administratives.

64. V. n° 90 – Par ex., sur la nature privée des contrats de raccordement d'installations de production d'électricité, T. cass., Rueil, 2013, 56e d'Exploitation des Energies Photovoltaïques : CMP 2013, n° 261, note Devaum.

65. V., F. Bousset : Qualification jurisprudentielle du contrat administratif (U-G Adm, Paris, 2001). Pour une étude classique, P. Wiss : « Le critère du contrat administratif en crise » [M.R. M. Waline, LDGJ, 1974, p. 631].

contractantes puissent influencer la qualification, notamment par la définition de l'objet ou l'insertion de clauses, elles ne sauraient fixer de manière définitive le genre du contrat ou convenir d'une attribution de compétence juridictionnelle⁶⁴.

1. Le critère personnel

64. Usuellement – et improprement – dénommé en doctrine « critère organique », au risque d'une confusion entre les organes et le corps⁶⁵, ce paramètre joue un rôle décisif dans l'identification du contrat administratif⁶⁶. Il implique, en principe, la présence d'une personne publique [pour un rappel : *T. confl., 11 févr. 2019, SdI 725 c/EDF*⁶⁷]. Autrement dit, un contrat entre personnes privées est, ordinairement, de droit privé.

65. Cette exigence peut surprendre, puisqu'elle a été abandonnée à l'égard des actes administratifs unilatéraux [qui sont susceptibles, sous certaines conditions, d'être édictés par des personnes privées⁶⁸]. Elle tient notamment au fait que le juge administratif a voulu éviter une trop grande extension du champ des contrats administratifs [un parallèle pouvant être établi avec la domanialité publique, également cantonnée grâce à son arrimage à la personnalité publique]. Même contrôlées par la puissance publique, des personnes privées contractent donc en principe par conventions de droit privé [y compris quand le contrat est conclu dans un but d'intérêt général ou de service public et contient des clauses exorbitantes]. C'est par exemple le cas d'une association, quand bien même elle regrouperait, pour l'essentiel, des personnes publiques [*T. confl., 2 avr. 2012, SdI Alexx*⁶⁹]. Une solution comparable est retenue à propos des contrats de transport de marchandises – passés entre sociétés – pour la réalisation de travaux publics dont une personne publique est destinataire⁷⁰.

64. *T. confl., 18 déc. 2018, SdI d'aménagement d'hôtel 2009 : BUDP* 2019, p. 127, cond. Lemoine.

65. La question organique intéresse l'organe compétent pour signer le contrat ; or, le problème porte ici sur la qualité du(s) signataire(s). À certains égards, cette confusion rejette celle entre capacité et compétence pour conclure une convention. On pourrait soutenir, plus clairement, que la première se rattache à la personnalité juridique et offre la possibilité de contracter, tandis que la seconde renvoie aux organes et organismes, à proprement dire, les modalités juridiques pour contracter. V. plus généralement, P.-M. Mousset/Bacourot, *Le critère organique en droit administratif français* (IJDG), 2018.

66. F. Lemoine, *L'évolution du critère organique du contrat administratif* (RFDA 2003, p. 241). V. aussi, Y. Millet : « Les acteurs des contrats de l'administration » (Méth. Penser, PU Grenoble, 1995, p. 53ff).

67. *DA* 2019, Alerte 62.

68. Par ex., J. Poin, P.-L. Félix, *Droit administratif* (IJDG, 13^e éd., 2019, n° 581 s.l.).

69. *CMP* 2012, n° 176, note Devillez ; *JCPA* 2012, Act. 250, obs. Eustache ; *JCPA* 2012, 2412, note Martin.

70. Ceci malgré la caractérisation d'une « lettre de volonté », contrat ayant une action directe en paiement à l'encontre de la personne publique destinataire : T. cass., Féb. 2019, *SdI Gouvernau Transports* (*AJDA* 2019, p. 2523, obs. Maurel) ; *CMP* 2020, n° 39, note Uebel-Boncristiano.

66. Mais ce «verrou personnel» saute quelquefois, lorsque le juge administratif étend le périmètre des contrats administratifs aux contrats entre personnes privées, parce qu'une personne publique se trouve en arrière-plan⁷³. Il s'agit d'abord des contrats conclus par les «associations transparentes» [CE, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt*⁷⁴], sachant que le juge pénal s'estimé compétent pour apprécier le cas échéant le caractère transparent des structures [Cass. crim., 7 nov. 2012, MM, T., V. et C.⁷⁵]; ensuite, de ceux passés au nom d'une personne publique sur le fondement d'un contrat de mandat [T. conf., 7 juillet 1975, *Cne d'Agde*⁷⁶]; de ceux, en outre, conclus par les déléguaires privés de service public avec leurs sous-déléguaires [T. conf., 14 mai 2012, *Olliès*⁷⁷]; enfin – et c'est le plus délicat – des contrats conclus par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique (mais sans mandat au sens du droit civil).

67. Cette dernière hypothèse est née en matière de travaux autoroutiers, à propos des contrats passés entre les sociétés concessionnaires et les entrepreneurs de travaux [T. conf., 8 juill. 1963, *Société Entreprise Peyron*⁷⁸]. Le but du Tribunal des conflits était de maintenir sous un régime de droit public et dans la sphère de compétence du juge administratif les contrats passés par les démembrements de l'État. Une telle jurisprudence a reçu en doctrine deux explications, dont aucune ne convainc pleinement: l'idée – assez vague – de «mandat administratif», plus large que le mandat civil⁷⁹; celle de «matières appartenant par nature à l'État», qui n'est pas tellement plus précise⁸⁰. Il est vrai que l'action pour le compte de l'État a été d'autant

73. Par ex., N. Bouvier: «Contrats administratifs entre personnes privées : quel sens subirait-on?» [Méth. Richer, LDDJ, 2013, p. 27]; E. Ouvrour: «Les contrats publics des personnes privées en droit français» [Méth. Guibal, IJU Montpellier, 2006, T. 1, p. 633]; F. Louvet: «Les contrats administratifs entre personnes privées. Représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif» [Th. Montpellier I, 1998].

74. AJDA 2007, p. 918, note Duroux; RJCP 2007, p. 230, concl. Bouvier; CMP 2002, n° 137, note Escoffet et Etude 14, comm. Louvet; Contrats publics, juill.-août 2007, p. 58, note Bessert; D. 2007, p. 727, note Duroux.

75. AJDA 2012, p. 2143, obs. Pourtau; JCPA 2013, 2004, note Ménia.

76. D. 1977, p. 8, note Bertrand; JCPG 1975, II, 18171, note Moysset. V. également – à propos d'un contrat entre une entreprise titulaire d'une convention d'aménagement et un groupement de constructeurs – que l'aménageur pris ne peut être regardé comme un mandataire agissant pour le compte de la collectivité: CE, 27 oct. 2011, SARL Port Croisade [AJDA 2011, p. 2097]; T. conf., 15 oct. 2012, *Société Port Croisade* [AJDA 2012, p. 1982, obs. Pourtau]; CMP 2012, n° 17, note Escoffet.

77. RJCP 2012, p. 282, concl. Ouvrour, obs. Nicoux; CMP 2012, n° 223, note Escoffet; JCPA 2012, 2028, note Gacqua; JCPA 2013, 2125, n° 15, chron. Chauvin-Hipu; JCPG 2012, p. 1703, chron. Escoffet; RPD 2012, p. 692, note Jaurès; RJEP 2012, n° 95, note Pourtau; RJCT 2012, n° 62, note Rouau; – Auparavant: T. conf., 10 juil. 1956, *Société des Sirènes-chasses de France* [RDP 1957, p. 522, note Wauquiez]; S. 1956, p. 154, concl. Chauvin.

78. AJDA 1963, p. 643, chron. Desvaux et Poussin; D. 1963, p. 524, concl. Luze, note Jaurès; JCPG 1963, n° 13375, note Auriol; RDP 1963, p. 764, concl.

79. M. Camozzi: Le mandat administratif [LDDJ, 2001]. En ce sens, à contrario: CE, 11 mars 2011, *Cré d'agglo du Grand Toulouse* [RDP 2011, p. 278, obs. Nicolle-Louet].

80. Pour une critique, note Trouvouz sous CE, 12 janv. 2011, *Société Autoroutes Nord et Est* [RJCP 2011, n° 28].

plus facilement admise qu'était en cause la construction d'ouvrages se rattachant à la voirie nationale : ouvrages autoroutiers⁸¹, routes nationales, ou encore tunnels [T. confi., 12 nov. 1984, SEM du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines⁸²]. Il est vrai aussi que la jurisprudence Peyrot ne jouait pas, s'agissant des contrats passés par les concessionnaires hors secteur routier et hors mandat [T. confi., 9 juill. 2012, Cie des eaux et de l'azote⁸³]. Reste que sa logique a débordé le domaine routier, pour s'étendre par exemple aux contrats conclus par les sociétés d'aménagement du territoire (CE, 20 mars 1975, Sté d'équipement de la région montpelliéraine ; T. confi., 7 juill. 1975, Cne d'Agde⁸⁴) ou à ceux liés à la gestion des marchés d'intérêt national⁸⁵. Ni la référence au mandat *lato sensu* ni l'explication naturaliste ne suffisaient à rendre compte de l'ensemble des solutions prétoriennes, les tribunaux tirant au cas par cas les conséquences de la présence d'une personne publique en coulisses, en fonction de considérations auxquelles l'opportunité ne paraissait pas étrangère.

Le pragmatisme a conduit à un net resserrement de cette jurisprudence. Estimant qu'elle entraînait des qualifications inappropriées, le juge a exigé la présence de « circonstances particulières » pour regarder l'exploitant privé d'un ouvrage public comme agissant pour le compte d'une personne publique [T. confi., 16 juin 2014, Société d'exploitation de la Tour Eiffel⁸⁶]. La voie devait inévitablement se réduire pour la jurisprudence Peyrot⁸⁷. Celle-ci fut solennellement abandonnée, quelques mois plus tard, à l'occasion d'un litige entre un concessionnaire autoroutier et une artiste, relatif à l'édification d'une œuvre monumentale sur une aire d'autoroute [T. confi., 9 mars 2015, Rispaï c./Sté ASP⁸⁸]. Ce revirement tirait les conséquences de l'absence de fondement théorique clair de l'arrêt de 1963, de sa complexité de mise en œuvre (le critère du bien suffisant avec les travaux routiers ayant abouti à des résultats peu prévisibles) et du désengagement de l'Etat en matière autoroutière. Pareille évolution prétorienne renforce, à contrario, la valeur du critère personnel pour les contrats entre contractants privés, la jurisprudence semblant revenir à une lecture plus orthodoxe.

- 81. Pour une extension à leurs accessoires : CE, 23 déc. 2011, *Sel APRIF* [CMP 2012, n° 38, note Bozzo]. Sur la question, A. Sevoie, L. Rion : *Marchés des concessionnaires d'autoroutes : la fausse simplification opérée par la jurisprudence Peyrot* [AJDA 2012, p. 1068].
- 82. AJDA 1990, p. 161, concl. Gassies ; JCPG 1996, 29908, note Amella ; RPDG 1996, p. 353, étude Lommi.
- 83. AJDA 2012, p. 1430, obs. Poubal ; CMP 2012, n° 268, note Poubal ; JCPA 2012, Act. 510, obs. Duvaut.
- 84. D'une part : AJDA 1975, p. 345, chron. Fauve et Bozzo ; D. 1976, p. 3, note Modena. D'autre part : n° 66. – Pour un bilan, P. Lommi : *Que reste-t-il de la jurisprudence «Société d'équipement de la région montpelliéraine» et «Commune d'Agde»?* [RJEP 2011, Étude 4].
- 85. CAA Paris, 7 mars 2013, SEMMARS [n° 10PA05999].
- 86. RJCL 2014, p. 673, concl. Escour, obs. Nouzeix ; CMP 2014, n° 720, note Duvaut.
- 87. M. Camizo-Puig : *La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : stop ou encore ?* [RJD 2013, p. 321].
- 88. AJDA 2015, p. 1204, chron. Lom et Duhesme de Lamotte ; RPDG 2015, p. 270, concl. Escour, p. 273, note Camizo-Puig.

2. Le critère de l'objet

68. Un contrat passé par une personne publique peut être administratif en raison de son objet (premier critère alternatif). Encore que ce ne soit pas absolument systématique [V., considérant qu'un contrat de transaction est administratif quand il met fin à un litige administratif : CE, avis 6 déc. 2002, *Synd. intercom. des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses*⁹¹], il s'agit presque toujours d'un objet de service public ou de travail public.

a) Le service public

69. La relation au service public rend le contrat administratif à partir d'un certain degré « d'intimité ». La question est de savoir où le seuil se situe, ce qui renvoie à une gradation. Il existe, de ce point de vue, trois situations-types (présentées décroissant)⁹².

70. D'abord, les contrats ayant pour objet l'exécution même du service public ; ils correspondent surtout à ceux confiant l'exécution d'une mission de service public au cocontractant. Le caractère administratif de ces contrats a été consacré par l'arrêt *Époux Bertin* (CE, 20 avr. 1956⁹³), mais l'idée à l'origine de cette jurisprudence remonte aux années 1910⁹⁴. S'il en découle que tous les contrats de délégation de service public sont administratifs, le périmètre du contrat administratif excède la sphère des seules délégations. Présente cette qualité, à titre d'illustration, le contrat de location d'un immeuble par une société d'HLM à un centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CE, 8 oct. 2010, *Sid HLM Un toit pour tous*⁹⁵). Sans doute en raison de l'exigence du lien avec le service public et de l'encadrement croissant – pour ne pas dire de la standardisation – des contrats portant sur l'exécution même du service public, les utilisations explicites de la jurisprudence *Bertin* se font plus rares.

71. Ensuite, les contrats constituant une modalité d'exécution du service public : la personne publique gère elle-même le service et contracte dans l'exercice de sa mission (avec un secteur privilégié, celui de l'interventionnisme économique). Le contrat ne sera pas à confier le service public, il représente un instrument permettant de l'assurer. L'origine de cette jurisprudence remonte aux années 1920, sa consécration s'inscrivant – comme pour la catégorie précédente – dans le mouvement de réviscience du service public au cours des années 1950 (CE, 20 avr. 1956, *Grimeuard*⁹⁶).

91. GACA n° 75, V. égal., CE, 9 juil. 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux*, préc., n° 49.

92. Sur l'idée de gradation des « contrats de service public », H.-G. Huusser : *Les contrats de service public* (Th. Bardeau, 1990).

V. plus généralement, J.-F. Auzé, *Les contrats de gestion du service public* (LGDJ, 2014).

93. GADM n° 68.

94. Par ex., CE, 4 mars 1910, *Rivard* (GADM n° 19).

95. CGP 2011, n° 37, note Etxart; DM 2011, n° 4, note Biast; JOPA 2010, 2375, note Ousset.

96. GADM n° 68.

L'une des conséquences en est le caractère administratif des contrats conclus entre les services publics administratifs et leurs usagers. Ces derniers se trouvent normalement dans une situation légale et réglementaire ; mais, lorsqu'ils sont unis au service par un lien contractuel, le contrat est administratif⁹⁵. Il n'existe à un tel principe que de rares exceptions (contrats de droit privé entre les offices publics de l'habitat ou les caisses de crédit municipal et leurs usagers⁹⁶).

72. Enfin, les contrats de participation à l'exécution du service public, pour lesquels la chronologie est à peu près la même que dans les cas précédents : les origines de cette catégorie remontent aux années 1920, sa consécration aux années 1950 (CE, 4 juin 1954, *Alertit et Wingtait*⁹⁷). De tels contrats, qui sont surtout – mais pas toujours – de louage de services, soulèvent des difficultés redoutables. C'est en effet traditionnellement le degré d'implication du cocontractant dans le service qui détermine la nature du contrat, appréciée au cas par cas et délicate à anticiper, comme le montrent trois exemples.

73. S'agissant des contrats de location de locaux ou d'équipements utilisés dans le cadre du service public, la jurisprudence est confuse. Selon le Tribunal des conflits, ils restent de droit privé parce qu'ils sont conclus pour les besoins du service public sans faire participer le cocontractant à son exécution⁹⁸. Mais, après avoir déjà statué en sens contraire⁹⁹, le Conseil d'État semble maintenir sa jurisprudence antérieure en qualifiant ces contrats de délégations de service public (CE, 7 mars 2014, *CHU de Rouen*¹⁰⁰). Les incertitudes concernent aussi les locations immobilières. Ainsi, un contrat par lequel une association donne en location à une commune un terrain pour gérer un camping est administratif, car il l'associe à

95. V. par ex., outre l'arrêt Grimaudet, s'agissant du service public administratif de l'aide aux Français rapatriés : CE, 18 juin 1971, *Dame Colard* (AJDA 1971, p. 527, note Duverne). V. également, à propos des usagers des services d'enseignement à distance : T. conf., 14 mai 2018, *Mme B. c/ CNED* (DA 2018, *Alerte* 102). Les contrats entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers sont, en revanche, de droit privé (v. S. Nicoux : *L'usager du SPIC* ; L'Harmattan, 2003 ; P. Lescouet : *Les usagers des SPIC* ; Seray, 1938).

96. V. par ex., concernant le caractère privé des contrats de vente aux enchères publiques des biens remis en gage. T. conf., 12 nov. 2018, M. B. c/ Crédit municipal de Paris et à (CIMP) 2018, n° 90, note Diniukik ; DA 2018, n° 38, note Evinacel.

97. Rec. p. 342.

98. T. conf., 17 déc. 2012, *Sté Rhôneienne de Distribution* (n° 38801) ; T. conf., 17 oct. 2011, *R. c/ CH Laragne* (n° 38801) ; T. conf., 21 mai 2007, *Sté Codiam* (DA 2007, n° 100, note Mihalache) ; JCPA 2007, 2117, note Dossat : location de matériels en milieu hospitalier ; T. conf., 15 nov. 2004, *Sté Lexis Stébel* (JCPA 2005, 1047, obs. Rouxari) : location de photocopieurs dans un établissement d'enseignement.

99. CE, 8 juil. 1994, *Saf-Codiam* (Rec. p. 294). V. aussi, considérant qu'un contrat de crédit-bail (en l'espèce, immobilier) est administratif, car le cocontractant participe à l'exécution du service public hospitalier : CAA Paris, 22 nov. 2011, *CH 51-Brieuc* (CIMP 2012, n° 28, note Escoffier).

100. AJDA 2014, p. 147, note Huot ; JCPA 2014, p. 380, concl. Poujoulet ; CIMP 2014, n° 151, note Escoffier ; DA 2014, n° 32, note Sali ; JCPA 2014, 2264, note Amaluz.

l'exécution d'une mission de service public [T. confL, 6 juin 2016, *One d'Avranches-sur-Oise c./Grpt des campeurs universitaires*¹⁰¹]; mais ce n'est pas le cas d'un contrat de mise à disposition de locaux destinés à accueillir un établissement public local d'enseignement [T. confL, 14 nov. 2016, APHRL¹⁰²].

74. Deuxième illustration des difficultés de la matière : les contrats d'engagement d'agents des services publics administratifs, qui sont administratifs parce qu'ils font participer les intéressés à l'exécution de ces services. La jurisprudence avait considéré par le passé que la nature des fonctions occupées déterminait la participation directe au service public, de sorte qu'un même agent pouvait – en cas de pluralité de fonctions – être uni à l'administration à la fois par un contrat administratif et par un contrat privé [T. confL, 25 nov. 1963, *Mazerand*¹⁰³]. Cette solution byzantine a – heureusement – été remise en cause avec la constitution d'un bloc de compétence administrative en ce qui concerne les agents non titulaires des services publics administratifs gérés par des personnes publiques, lesquels sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi [T. confL, 25 mars 1996, *Berkani*¹⁰⁴]. Mais, comme d'autres, ce bloc de compétence tend hélas à se fissurer¹⁰⁵.

Les contrats d'association à l'exécution du service public offrent un dernier exemple des incertitudes liées à la participation au service public. Pendant longtemps, la jurisprudence sur la question était d'une obscure clarté. Il semblerait à présent que le fait d'associer un cocontractant à cette exécution rende le contrat administratif [T. confL, 8 déc. 2014, Chambre nationale des services d'ambulance¹⁰⁶]. Si cette jurisprudence devait être confirmée, il faudrait sans doute regarder comme systématiquement administratifs les contrats associant des établissements privés au service public de l'enseignement ou encore – dans un tout autre registre – ceux associant au service

101. UICP 2016, p. 338, concl. (contraire) Escut; CDP 2016, n° 197, note Usso-Bonapace : le simple fait d'associer une personne privée à la détermination du règlement et de la tarification d'un service public peut suffire à caractériser une forme de participation au fonctionnement de ce dernier.

102. CAP 2017, n° 28, note Chauvet.

103. JCP 1964, II, 1346, note R.L.

104. AIDA 1996, p. 355, chron. Sain et Chauvaux ; D. 1996, p. 595, note Saint-Joëls ; DA 1996, n° 319, note Azur ; Dr. enc. 1996, p. 735, note Pichot ; JCP 1996, II, 2254, note Moussou ; AIDA 1996, p. 819, concl. Marmu.

105. V., à propos des personnels des services publics administratifs délégués, puis repris en régie : CE, 22 oct. 2004, *Jambin* (AIDA 2004, p. 2020, chron. Lassus et Lassus); JCPA 2004, 1398, note Joss-Poissé ; RFDA 2005, p. 197, concl. Bussel. Au sujet des personnels employés sur le fonctionnement de contrats mixtes de droit privé : T. confL, 23 nov. 2007, *Tourdat* (AIFP 2010, p. 63, note Fournet ; DA 2010, n° 43, note Bussel). S'agissant d'artistes recrutés pour participer à un spectacle : T. confL, 6 juil. 2011, *Bouvier-Meyer* (JCPA 2011, 2250, note Perrin); JCPA 2011, p. 2970, chron. Billaudot ; T. confL, 17 juil. 2013, *Ditrevu* (AIDA 2013, p. 1251, obs. Pommel). Concernant un emploi auprès de l'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSEF), soumis par la loi à un régime de droit privé : T. confL, 11 févr. 2019, M. B. A. c./EPSEF (n° 4148).

106. CAP 2017, n° 40, note Usso-Bonapace.

public du secours en montagne certains prestataires privés (en l'occurrence, des compagnies de transport héliporté).

La confrontation de ces trois séries d'application du critère du service public montre le fort aléa qui domine l'exercice de qualification contractuelle, au par hypothèse assez subjectif.

b) Le travail public

75. La qualification administrative du contrat peut être justifiée par un objet de travaux publics. Dans ce cas, elle était classiquement – quoiqu'indirectement – fondée sur l'article 4 alinéa 3 de la loi du 28 juillet 1863 an VIII¹⁰⁷, qui prévoyait la compétence du juge administratif en cas de contentieux. Si ce texte a été abrogé par erreur (ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006, art. 3)¹⁰⁸, la continuité prévaut aujourd'hui sur un fondement strictement jurisprudentiel¹⁰⁹ (sauf cas, bien sûr, où l'on a affaire à des contrats administratifs par détermination de la loi : marchés ou concessions de travaux publics).

76. Il y a là une illustration du caractère attractif de la notion de travail public, qui joue en matière contractuelle comme ailleurs. Car le travail public est une « notion attrape-tout », dont l'effet d'aimantation s'avère singulièrement puissant (et supérieur, en l'occurrence, à celui de la notion de service public) : le juge tient pour administratifs tous les contrats en lien – direct (l'exécution des travaux) ou indirect (offres de concours, transactions, etc.) – avec l'exécution de travaux publics, dès lors que le critère personnel est rempli¹¹⁰. Le fait qu'un litige entre maître d'ouvrage et sous-traitant se rattache à la réalisation de travaux publics justifie aussi qu'il relève de la juridiction administrative, à moins que les parties se trouvent unies par un contrat de droit privé [par ex., T. confi., 16 nov. 2015, *Métropole européenne de Lille*¹¹¹]. Le pouvoir d'attraction de la notion de travail public est si fort qu'il conduit même le juge administratif à se prononcer sur des actions en garantie entre constructeurs, malgré la présence d'un contrat privé répartissant les prestations, sauf s'il existe une difficulté sérieuse à trancher [T. confi., 9 févr. 2015, *Sté Ace European group Limited*¹¹²]. La compétence

107. Texte attribuant compétence aux anciens conseils de préfecture pour connaître des « difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ».

108. JCPA 2009, n° 29, p. 3.

109. Par ex., « gèggiage des dommages de travaux publics » CE, T-estat 2009, 54 de gestion des eaux de Paris (DA 2009, n° 77, obs. Guocel).

110. Il arrive même que la compétence administrative soit retenue, de façon discutable, pour des litiges contractuels entre personnes privées à l'occasion d'une opération de travail public (Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010 ; CMP 2010, n° 402, note Camusel).

111. CMP 2010, n° 21, note Camusel. Antérieurement, T. confi., 2 juin 2008, Cte de Dainville ; AJ/DM 2008, p. 2647, note Evinvalo ; CMP 2007, n° 60, note Paris ; T. confi., 28 mars 2001, Cte de La Chesa, n° 3773.

112. AJ/DM 2010, p. 1549, note Camusel ; CMP 2010, n° 83, note Camusel ; JCPA 2010, 2149, note Marin ; JCPG 2010, 512, note Evinvalo ; RDT 2010, p. 195, note Camusel.

administrative s'arrête tout de même là où commence le bloc de compétence judiciaire pour les relations entre SPIC et usagers (par ex., *CAA Paris, 21 mars 2017, SA ERDJ*¹¹³). Le juge judiciaire s'estime parfois aussi compétent, mais à tort, pour des dommages causés aux tiers (*Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2017, ONF*¹¹⁴).

3. Le critère des moyens

a) Référence aux clauses impliquant un régime exorbitant

77. C'est historiquement le second critère alternatif, dont la formulation a connu une cure de jouvence, mais sans modification fondamentale de son utilisation. Il était, classiquement, présenté ainsi : un contrat comportant une ou des clauses exorbitantes du droit privé est administratif, si une personne publique y est partie et alors même qu'il n'entretient aucun lien direct avec un service public ou un travail public¹¹⁵. Il s'agit donc d'un critère auto-nome et suffisant.

78. Ce critère est placé sous le signe du paradoxe, s'agissant d'abord de sa naissance¹¹⁶. La présentation traditionnelle consiste à le faire remonter au fameux « arrêt des Granits » (*CE, 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges*)¹¹⁷. Or, cette décision n'emploie nullement l'expression et les conclusions du commissaire du Gouvernement Léon Blum faisaient du but de service public l'élément déterminant pour qualifier le contrat (les clauses ne représentant qu'un correctif). Il est loisible de soutenir que ce critère est à la fois plus ancien (la logique consistant à rechercher si l'administration contractante s'est comportée en tant que puissance publique ou comme particulier est antérieure) et plus récent (l'expression n'est employée dans les arrêts qu'à partir des années 1920). Le paradoxe concerne aussi l'importance du critère de la clause exorbitante : la doctrine a régulièrement annoncé son déclin¹¹⁸ ; or, les juridictions continuent de s'y référer, même s'il est d'un maniement délicat.

79. *Prima facie*, est exorbitante la clause étrangère aux relations contractuelles de droit privé. C'est celle que l'on ne trouve pas dans un

113. N° 15PA00715.

114. 04/2017, n° 41, note Etaloux.

115. Sur le, et autour du, sujet, E. Seutter : *L'exorbitance en droit public* (Dalloz, 2011) ; La clause exorbitante du droit commun in *La puissance publique* : AFDM/LexisNexis, 2002, p. 209.

116. Sur son apparition, J. Moreau : « La naissance de la clause exorbitante du droit commun, premier critère du contrat administratif » (Mé. F. Burdeau, Utet, 2008, p. 197).

117. *CGA n° 23, V., J.-F. Gauzou* : *L'arrêt Société des Granits porphyroïdes des Vosges. Légende, réalité... et grandeur* (4/04 2013, p. 2472) ; J.-M. Pons : *Les granits ont cent ans* (ADDA 2012, p. 1473).

118. J. Louzeau : « Le déclin de la clause exorbitante du droit privé » (Mé. M. Waline, LGDJ, 1974, p. 478) ; N. Darras-Cos : *Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages* (JCPA 2009, 2047) ; N. Seachour, P. Picot : *De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif* (Contrats publics, n° 100, p. 16).

contrat « ordinaire », parce qu'elle est exclue dans les relations entre personnes privées (ainsi, des clauses renvoyant aux procédés comme les états exécutoires ou les exonérations fiscales) ou qu'elle consacre une situation très inégalitaire entre les parties. C'est le cas des clauses prévoyant au profit de l'administration une faculté de modification unitaire du contrat pour motif d'intérêt général, un pouvoir de contrôle et de direction (par ex. : CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts*¹¹⁹) ou encore des stipulations instituant certaines sujétions, telles que des obligations de service public. Le fait qu'une clause déroge à un statut de droit privé ne suffit pas, en revanche, à la rendre exorbitante [ceci pouvant notamment s'expliquer par la spécificité de certains régimes appliqués aux contrats spéciaux par rapport aux règles communes]¹²⁰.

Espérant donner un nouveau souffle à la notion de clause exorbitante, le juge des conflits l'a rebaptisée au moyen d'une formule assez boursouflée et à l'allure tautologique : c'est la « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs » [T. conf., 13 oct. 2014, *Société AXA France SARL*¹²¹, V, pour quelques illustrations, Cass. 1^e civ., 17 févr. 2016, *CCAS de Louvres*¹²²; CE, 5 févr. 2018, *CNES et autres*¹²³). D'un côté, cette redéfinition entend dépasser la lecture classique des clauses remarquables des contrats administratifs par référence au droit commun. Il ne s'agit plus tant de les différencier en comparaison de relations perçues comme des standards que d'affirmer leurs éléments singuliers. L'atténuation de la lecture binaire retenue jusque-là a sans doute joué un rôle dans cette évolution conceptuelle. D'un autre côté, on peut s'interroger sur les effets concrets d'un tel changement. Avec l'introduction de la référence aux prérogatives publiques et à l'intérêt général, les contours de cette catégorie de clauses apparaissent particulièrement nébuleux. Aussi faut-il craindre que les difficultés jadis constatées perdurent.

b) Difficultés de mise en œuvre

80. En premier lieu, le recours à ce critère peut s'avérer inutile. C'était le cas jusqu'aux années 1950 pour les contrats relatifs à la gestion du

119. AJ/C 2011, p. 141, comm. Guimau; AJ/G 2011, p. 281, comm. Deomus; CMP 2011, n° 34, note Duvalius; DR 2011, n° 19, note Bérot; JCPA 2011, 2020, comm. Moreau; RCEP 2011, n° 12, concl. Deomus.

120. Pour une clause dérogeant au statut des biens emphytodiques sans être exorbitante, Cass. 1^e civ., 6 juill. 2011, *Société Coop-ECT* JCPA 2012, n° 31, p. 20, chron. Chauvin-Henri; RD 2011, p. 545, obs. Pouyaud. De même, pour celle dérogeant au statut des biens commerciaux : Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, OMF (AJD) 2005, p. 454, obs. Duvalius.

121. AJ/G 2014, p. 2180, obs. Lelièvre et Duvalius de Louvres; RFDM 2014, p. 1048, concl. Desfontaines.

122. CMP 2016, n° 93, note Pana.

123. BJCP 2018, p. 143, concl. Moreau; CMP 2018, n° 78, note Usseau-Boncours.

domaine privé qui demeuraient, en tout état de cause, privés¹²⁶. Cela l'est encore pour les contrats entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, qui relèvent en bloc du droit privé et du juge judiciaire, même en présence de telles clauses [T. conf., 17 déc. 1962, *Dame Bertrand*; CE, 13 oct. 1961, *Ets Campanon-Reyl*¹²⁷]. Les relations contractuelles de ces services avec leurs agents sont, de la même manière, soumises au droit privé. Ce critère ne présente pas davantage d'utilité, en ce qui concerne les contrats qui sont de toute façon administratifs (par exemple, ceux liant les services publics administratifs à leurs agents¹²⁸).

81. Non seulement le critère ne joue que dans un périmètre restreint, mais ses contours se révèlent imprécis : il n'existe pas à proprement parler de définition de la clause exorbitante avant 2014, et le même constat vaut pour l'état du droit postérieur à l'arrêt *Snl AXA France SARL* (compte tenu du flou de sa formulation). La jurisprudence classique présentait cette clause comme 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 dans le cadre des lois civiles et commerciales »¹²⁹. Et la doctrine a tenté d'établir dans les dernières décennies une typologie des clauses en question ; dans une étude classique, Vedel distinguait ainsi les clauses « impossibles », celles « illicites » ou simplement « inusuelles » dans les relations de droit privé¹³⁰. La difficulté tenait à ce que l'exorbitance impliquait une comparaison avec un droit privé qui évoluait lui-même en permanence. Les publicistes ont quelquefois eu tendance à raisonner par référence à des standards qui ne correspondaient plus à la réalité des relations contractuelles de droit privé¹³¹.

82. Il en résultait une conséquence regrettable, encore actuelle du reste : c'est la faible prévisibilité de la position du juge, qui n'exclut pas les considérations d'opportunité dans chaque espèce. La volonté des parties a un impact sur la nature du contrat, dans la mesure où elles peuvent – selon le type de clauses retenu – choisir de se placer dans un cadre de droit public ou de droit privé (tout au moins, pour les contrats qui n'entrent pas dans une qualification législative). Mais cette liberté relève en partie du trompe-l'œil,

126. Jurisprudence abandonnée depuis : CE, 17 déc. 1954, *Groux* [D. 1954, p. 527, concr. *Riouya-Busuel*].

127. V. d'une part, Rec. p. 101, concr. *Chauveau*, AJDN 1963, p. 88, chron. *Gentet et Pouzet*, CJ/ECC 1963, p. 114, note A.C. ; d'autre part, Rec. p. 567 ; AJDA 1962, p. 98, concr. *Houssier*, note de *Louvatine* ; D. 1962, p. 506, note *Vidoux*. Cette jurisprudence est régulièrement réaffirmée (V. par ex., pour les usagers d'un service d'assainissement : T. conf., Rec. 2010, époux A. et Cie de Marly, n° 4136).

128. V. n° 74.

129. Par ex., CE, 15 févr. 1928, *Snl française de constructions mécaniques* (Rec. p. 201).

130. O. VIDOU : « Remarques sur la notion de clause exorbitante » (Méth. Méthode, Suppl. 1953, p. 527).

131. Pour un point de vue « sétaire », M. E. Azzed, J. Rousset : « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante » (Méth. Gubel, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 760).

vu la difficulté pour déterminer *a priori* la nature des clauses et la relative prédetermination des contrats administratifs. Au-delà d'une « zone de certitude » réduite [clauses qui, soit ne sauraient en aucun cas être envisagées en droit privé parce qu'elles procèdent de prérogatives publiques, soit au contraire sont parfaitement banales], on pénètre vite dans une « zone grise » [clauses qui ne sont pas absolument exclues en droit privé ni habituelles dans les relations entre personnes privées et pourront, selon les cas, supposer ou non l'application d'un régime exorbitant].

83. La diversité des clauses fait qu'il n'est pas toujours simple de trouver des précédents jurisprudentiels fiables. D'une part, la position du juge peut changer à propos d'un même type de clauses, qui se verra qualifiée différemment à quelques années d'intervalle (par exemple, pour les clauses de renvoi à un cahier des charges : bien qu'exclu de l'application des dispositions relatives aux marchés publics, un contrat peut être administratif lorsque ses stipulations renvoient aux prérogatives particulières prévues par un CCAG et un CCAP¹³⁰). D'autre part, ce point de vue est susceptible de varier selon le contrat dans lequel la clause est insérée (ainsi de la clause de résiliation unilatérale, hors faute du cocontractant, voire pour le même type de contrat [cas de cette clause, dans les contrats d'occupation du domaine privé]¹³¹). Au surplus, l'équilibre général d'une convention semble jouer dans l'appréciation du juge, qui replace la clause dans son contexte en évaluant notamment les prérogatives du cocontractant de l'administration¹³². Il arrive enfin que des divergences entre les deux ordres de juridiction se fassent jour, le juge judiciaire refusant exceptionnellement de considérer qu'une clause exorbitante rend tel ou tel contrat administratif N., à propos d'un bail rural : Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, *Julian*¹³³. La jurisprudence Sté AXA France M&R ne dissipe vraisemblablement pas ces difficultés, qui condamneraient presque à dresser pragmatiquement une simple liste, bref à établir une sorte de petit « clausier administratif »¹³⁴. Une règle semble en revanche constante : si une seule clause de ce type peut suffire à emporter pareille qualification,

130. Cf. 5 Mars. 2010, CMES ; préc. n° 79.

131. Comparer, par ex. : CE, 12 déc. 2003, *Croix du Languedoc* : BUCI 2004, p. 185, concl. Miravet, p. 187, obs. Poussot ; JCPA 2004, p. 153, obs. Nouvelles. - Et T. conf., 29 Mars. 2008, *Vernier* : Annales 2008, n° 125, p. 13, obs. Delucrétet ; BJOL 2008, p. 453, concl. Guillet, CMF 2008, n° 122, note Écarter ; DM 2008, n° 64, note Milliette ; JCPA 2008, n° 14-20, p. 33 ; RLCJ sept. 2008, p. 41, obs. Guillet.

132. T. conf., 1^{re} juil. 2019, *Saré Ecotours c. / Synd. mixte Sud Rhône environnement* : CMF 2019, n° 298, note Utomo-Bouzouza.

133. AJDA 2014, p. 409.

134. Répond par exemple à la nouvelle définition de la clause exorbitante un contrat entre une commune et une société portant sur la mise à disposition d'une salle de spectacle, sous réserve d'un contrôle de la personne publique sur la programmation et de la libre disposition de la salle pour l'organisation d'une dizaine de manifestations annuelles (T. conf., 12 févr. 2010, SARL *The Congres House* : AJDA 2010, p. 1721, note Povres ; CMF 2010, n° 77, note Povres).

plus elles sont nombreuses et plus les chances que le contrat soit administratif sont grandes¹³⁵.

84. Une question, actuellement posée, consiste à savoir si des clauses que l'on croise usuellement dans les contrats de location que les personnes publiques passent avec des bailleurs privés (clauses de protection du service public dans les contrats de bail ou de crédit-bail) sont, ou non, exorbitantes. L'enjeu est de taille, mais le juge n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement.

Les interrogations sont donc nombreuses : on aimerait être sûr que la nouvelle définition de la clause exorbitante par le Tribunal des conflits contribuera à lever ces incertitudes.

C. Les techniques subsidiaires

1. La présomption d'administrativité

85. La problématique est celle du traitement des contrats entre personnes publiques, dont on sait le développement important¹³⁶. Le poids de l'élément personnel est tel que la jurisprudence affiche une technique d'identification spécifique. Ces contrats ne seraient pas tant administratifs par application de la « méthode multicritères » que par l'effet d'une présomption : ils sont présumés administratifs, sauf si, eu égard à leur objet, ils ne font naître entre les parties que des relations de droit privé (T. conf., 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*¹³⁷). Relèvent de cette dernière exception les relations commerciales entre personnes publiques ou les contrats relatifs à la gestion du domaine privé¹³⁸.

86. L'enfer est pavé de bonnes intentions. Cette jurisprudence, dont le but était la simplification, n'a pas atteint son objectif. Impliquant de vérifier dans chaque espèce l'objet du contrat, elle porte en elle son propre échec. Sans l'abandonner formellement, le Tribunal des conflits devait qualifier d'administratifs des contrats entre personnes publiques par référence aux critères ordinaires, exécution du service public (par ex. : T. conf., 7 oct. 1991,

135. S'agissant d'une vente de biens immobiliers, constituent de telles clauses celles qui organisent une exemption d'impôt foncier, qui garantissent des loyers ou des achats ultérieurs, qui prévoient des emplois réservés ou des conditions particulières d'utilisation d'infrastructures (T. conf., 4 juin 2016, *One d'Angoulême* ; BACP 2016, p. 373, concl. Omer ; CMP 2016, n° 198, note Ussou-Benomar ; JCPA 2016, 2194, obs. et Baudouin).

136. V. n° 10.

137. AJDA 1983, p. 354, concl. Lemoine ; D. 1984, p. 33, note Aude et Huisser ; RA 1983, p. 348, note Pichot. V. aussi, dossier « Les contrats entre personnes publiques » (AJDA 2013, pp. 833-840).

138. Par ex., pour un contrat de bail : CE, 11 mai 1990, B45 Bâtière des-Ponts-de-Mousson (AJDA 1990, p. 614, note Cour) ; CGD 1990, p. 347, concl. Huisser ; D. 1991, p. 141, obs. Lemoine et Souffron-Cormaut ; pour une cession immobilière, T. conf., 4 juil. 2016, *One de Gélaucourt* BACP 2016, p. 452, concl. Bouyoux-Machouca ; CMP 2016, n° 230, note Pared).

CRDUS de l'académie de Nancy-Metz¹³⁹; T. coll., 6 juin 2016, *Cne d'Aragnouet*¹⁴⁰) ou clauses exorbitantes (par ex. : T. coll., 15 nov. 1999, *Cne de Bourisp*¹⁴¹). Or, les deux méthodes – critères, présomption – sont intellectuellement exclusives l'une de l'autre. C'est dire qu'il ne reste plus grand-chose de la jurisprudence UAP, qui subsiste à l'état de coquille vide. Si, dans certaines rares décisions, les motifs retenus font apparaître l'attachement du juge administratif à la technique présumptive, ils s'en dispensent parfois ouvertement¹⁴². En pratique, la réintroduction des critères alternatifs est nécessaire car, à défaut, le processus de qualification aboutirait à des solutions paradoxales. Pour un même objet et les mêmes stipulations, les conventions « mixtes » (entre personnes publique et privée) pourraient, en effet, obtenir plus facilement la qualité de contrat administratif que les conventions entre personnes publiques (à défaut d'une analyse matérielle). Bientôt quadragénaire, la jurisprudence UAP subsiste donc à l'état végétatif, sa fonction d'aiguillage ne démeurant que « sur le papier » ; mais elle devient une complication aussi superfuse qu'encombrante pour le juge, qui se contente à l'occasion d'affirmer péremptoirement que telle ou telle convention entre personnes publiques « relève, par nature, de la compétence du juge administratif »¹⁴³.

2. L'identification directe

87. Cette technique de qualification présente, par rapport au critère de la clause impliquant un régime exorbitant, à la fois une parenté (la notion d'exorbitance, puisque le juge se réfère, sans détour, au « régime exorbitant ») et une différence, qui réside dans la démarche suivie pour identifier le contrat administratif : il ne s'agit plus de raisonner en termes de critères à partir du contenu du contrat (telle ou telle clause), mais de procéder à une « identification directe » (P. Amselek) en partant du régime applicable au contrat. Autrement dit, le juge ne déduit pas comme à l'accoutumée le régime du contrat de sa nature : il infère au contraire la nature administrative du contrat de son régime exorbitant, de ce que la convention « baigne » dans un environnement de droit public.

88. Cette méthode, qui s'écarte du recours à l'habituelle trilogie critère/notion/régime, a été mise en œuvre par le Conseil d'Etat à propos des contrats par lesquels EDF – alors établissement public – achetait de l'électricité aux producteurs autonomes (CE, 19 janv. 1973, Sté d'exploitation

139. A/D 1992, p. 157, note Richet ; Quat. jur. 11 févr. 1992, p. 11, note Desousa.

140. Préc. n° 83.

141. CT 2000, n° 73, note Monnerie ; DA 2000, n° 29, obs. R. S. ; RDV 2000, p. 158, chron. Vuille.

142. V., au sujet d'un contrat entre personnes publiques pour l'organisation d'un service public, CE, 24 nov. 2008, Synd. mode d'assainissement de la région du Pic Saint-Loup ; A/D 2009, p. 319, note Devaux ; BACP 2009, p. 151, concl. Devaux ; CDP 2009, n° 7, note Esquin ; Contrat public 2009, p. 71, note Guillet ; CM 2009, n° 19, note Millon.

143. V., à propos d'un contrat d'objectifs et de performance, CE, 25 sept. 2010, Comité central d'entreprise de l'AFPA, n° 428510.

électrique de la rivière du Sant¹⁴⁴) ; et la Cour de cassation l'a reprise dans le même cadre (Cass. 1^{re} civ., 29 sept. 2004, Synd. national des producteurs indépendants d'électricité thermique¹⁴⁵), voire au-delà (Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2003, SMPDC¹⁴⁶ : convention de garantie entre un établissement public et une société mandataire). Il a logiquement été mis fin à la jurisprudence Rivière du Sant avec le changement de statut d'EDF, transformée en société par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (CE, 1^{er} juil. 2010, Sté Bloenerg¹⁴⁷) ; si les contrats d'achat d'électricité restent aujourd'hui administratifs, c'est donc par détermination de la loi¹⁴⁸.

89. Mais une telle évolution n'a pas remis en question dans son principe la méthode de l'identification directe, susceptible d'être mobilisée à l'égard d'autres contrats IV., à propos d'une convention par laquelle un propriétaire privé confie la gestion de bois à l'Office national des forêts : T. confl., 28 mars 2011, Groupement forestier de Beaume Haie¹⁴⁹). La jurisprudence Sté Axa France IARD a certainement rapproché l'ancienne « clause exorbitante » du « régime exorbitant », les deux étant irrémédiablement liés. Toutefois, l'identification fondée uniquement sur l'analyse du régime conserve son autonomie et son intérêt. Elle apporte clarté et simplicité au raisonnement : inutile ici, en effet, de sonder les stipulations contractuelles pour remonter ensuite jusqu'au régime applicable.

3. La théorie de l'accessoire

90. La théorie de l'accessoire est née en droit privé, s'agissant des biens dont le caractère accessoire aboutit à ce qu'ils suivent le régime du bien principal (*Accessorium sequitur principale*). Transposée en droit administratif, elle joue également à propos des contrats¹⁵⁰. Moyennant quoi, des conventions qui, considérées en tant que telles, seraient privées, vont être qualifiées de contrats administratifs parce qu'elles se trouvent dans la dépendance d'un tel contrat (par ex. : Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010, Sté Espace habitat construction¹⁵¹). Cette logique joue le plus souvent en matière de garanties et de cautionnement, la nature de l'engagement de caution ou de

144. A/DM 1973, p. 258, chres. Laroche et Bouet; C/EU 1973, p. 239, const. Rousseau-Bauer, note Cours; JCPA 1974, 17629, note Piliot; RA 1973, p. 633, note Avallia. Pour un bâti, M. Guérin-Vivroux : Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? (DA 2009, Étude 3).

145. A/DM 2005, p. 1388, note Jussarier et Asache; DM 2005, n° 15, note Baux et Buly; JCPA 2004, 1462, note Rousseau-Bauer.

146. A/DM 2003, p. 2305, note Dreyer.

147. DM 2010, n° 128, note Dreyer.

148. V. n° 68 et n° 81. Sur ce sujet, F. Lescot : « Les contrats d'achats obligatoires d'électricité : naissance, mort et résurrection du régime exorbitant du droit commun ? » (M. Ruyer, LGDJ, 2010, p. 149).

149. DM 2011, n° 58, note Mousou; JCPA 2011, 2086, note Mousou.

150. G. Mousou : La théorie de l'accessoire dans les contrats publics (CMF 2009, Étude 10). Plus largement, B. Busselot : La théorie de l'accessoire en droit administratif (Th. Paris 2, 2010).

151. N° 99-18108.

garantie dépendant de celle du contrat principal (en général de droit privé, mais administratif à l'occasion¹⁵²). Elle connaît néanmoins différents prolongements, sans doute parce qu'elle s'avère commode et empreinte de réalisme économique.

Ainsi, un contrat de cession d'outillage entre l'exploitant d'un terminal portuaire et l'établissement public gestionnaire relève « d'un même ensemble contractuel » avec la convention de terminal¹⁵³, et donc de la compétence du juge administratif. De façon comparable, celui-ci recourt parfois à la technique des groupes de contrats afin d'en déduire plus simplement une qualification¹⁵⁴. Naturellement, pareille logique peut aussi conduire à regarder comme privés des contrats dans la dépendance d'un contrat de droit privé (par ex., les contrats de raccordement des producteurs autonomes au réseau ERDF : *T. conf., 8 juill. 2013, SEEP*¹⁵⁵). Il reste que, parfois, des contrats dans l'ombre d'une convention source ne sont pas regardés comme leurs accessoires (par ex., à propos d'un contrat lié à une délégation de service public, mais demeurant privé : *Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2010, Siré Neolis Dijon*¹⁵⁶).

¶1. Concluons ces développements sur un paradoxe : il est beaucoup question de banalisation, voire de privatisation, du droit applicable à l'administration dans le récit doctrinal contemporain. Or, même si le régime du contrat administratif est en partie « informé » par le droit privé, ce qui touche l'identification de ce contrat témoigne exactement du contraire : multiplication des contrats administratifs par détermination de la loi, jeu de la méthode indiciaire qui aboutit le plus souvent à la qualification administrative des contrats. Les dernières décennies ont vu, comme en matière domaniale, s'étendre la sphère de compétence du juge administratif. Il y a là un élément clef, s'agissant de l'enjeu de pouvoir que constitue indubitablement le contrôle du contentieux économique.

152. Par ex., les accords autonomes accompagnant les contrats de partenariat (TA Bordeaux, 18 déc. 2012, *Rouveyre* ; AIDA 2013, p. 52^a, note Blacquevin ; CMP 2013, n° 184, note Nau ; CE, 11 mai 2016, *Rouveyre* ; RUCP 2016, p. 294, concl. *Hermann* ; CMP 2016, n° 171, note Urtus-Boussac ; 24 2016, n° 48, note Bessell).

153. *T. conf., 10 nov. 2017, Siré Bordeaux Atlantique Terminal* ; CMP 2018, n° 29, note Bozzo.

154. V., au sujet d'une convention tripartite entre un syndicat de transport et deux sociétés concessionnaires, au titre de deux conventions distinctes, qui fait à la célébration des relations contractuelles et dont la qualification est induite de celle des concessions, CE, 6 déc. 2013, *Siré Alkao Caen* ; AIDA 2014, p. 741, note Lassauz ; RUCP 2014, n° 10, concl. *Poussard* ; CMP 2014, n° 42, note Eustaz.

155. CMP 2013, n° 341, note Devillez ; Contrats publics 2013, n° 136, p. 45, note Le Châtreau ; DM 2013, n° 78, note Smeurat.

156. RJD 2018, p. 844.



Classer

92. Le droit est dans une large mesure l'art des classifications et la « taxinomie juridique » ne constitue pas un exercice gratuit : classer, c'est qualifier juridiquement, faire entrer les contrats dans des familles, décliner le genre en espèces¹⁵⁷. Des conséquences précises s'y attachent, notamment sur le terrain de la passation des conventions. En dépit d'un rapprochement, les procédures n'étant pas en tout point les mêmes selon les catégories, une erreur de qualification entraîne des risques contentieux. C'est une question fondamentale en termes de sécurité juridique : il y va de la validité des contrats, qu'apprécie le juge administratif, sans préjudice de conséquences pénales [entre autres] pour les élus locaux. L'exercice de classification met aussi en exergue le fort pouvoir d'attraction de la commande publique¹⁵⁸, qui apparaît comme le centre de gravité des contrats administratifs.

A. Le principe de la classification

1. L'objet du contrat

a) Portée

93. C'est le critère le plus évident, qui consiste à classer les contrats en fonction du but. Partant de là, on obtient une répartition grossière qui correspond, pour s'en tenir aux principaux contrats, à la grille suivante.

94. Les marchés publics¹⁵⁹ (CCP, art. L. 1111-1) : il s'agit, lorsqu'un service public est géré en régie, d'obtenir de prestataires généralement privés les moyens nécessaires à son fonctionnement, que ce soit des travaux, des fournitures ou des services [assurances, prestations intellectuelles comme le conseil juridique, etc.]. Par leur objet [l'achat de biens et services], ces contrats sont donc comparables à ceux passés entre personnes privées. Le Code de la commande publique offre quelques précisions sur la consistance des besoins définis par les acheteurs, publics voire privés (CCP, art. L. 1111-2 s.l., mais certaines sont de purz truismes) CCP, art. L. 1111-4 : « Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de

157. L.Viou, « La classification des contrats administratifs économiques, les mots et les choses ou l'esquisse d'un programme » (M. Richer, LODA, 2013, p. 211); F. Laroche, « Typologie des contrats de la commande publique (CCP) 2005, Etude II »; R. Roussin, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration » (JUDE 1995, p. 483).

158. V., pour une présentation, P. Druet : « Les contrats de la « commande publique » » (JUDE 2014, p. 200).

159. Sur ces contrats, V., en particulier : *Code de la commande publique annoté et commenté* (Deloiz, 1^{re} éd., 2019, dir. A. Moussayek); S. Baudouin, *Précis du droit de la commande publique* (Le Moniteur, 2^{re} éd., 2019); F. Baudouin, *Droit de la commande publique* (Deloiz, 1^{re} éd., 2019); N. Chauvin, *Code pratique des marchés publics* (Le Moniteur, 10^e éd., 2017); F. Laroche, *Le droit des marchés publics* (Deloiz, 2016).

services»¹⁶⁰. Les frontières étant poreuses et les finalités concordantes, un même marché comporte parfois plusieurs objets.

Toutes les situations ne correspondent pas à ce schéma classique et certaines nourrissent le doute (non seulement linguistique, mais aussi juridique) ; ainsi des conventions de sponsoring, pour lesquelles l'identification d'un besoin est malaisée, d'autant plus quand la personne privée est en situation d'initiative. Cependant, l'encaissement de ces pratiques pourrait justifier l'application des principes de l'achat public : moyennant quelques contorsions, il ne paraît pas impossible d'y voir une prestation de service financier avec une contrepartie directe assimilable à un prix¹⁶¹. La circonspection est aussi de mise pour les contrats de « mariage » (ou *namung*), qui visent à susciter l'afflux de fonds privés pour financer des infrastructures publiques¹⁶².

95. Les concessions publiques¹⁶³ (CCP, art. L.1121-1) : ce sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes transfèrent à des personnes, en général privées, la gestion de services ou la réalisation de travaux relevant de leurs compétences respectives. La catégorie recouvre ainsi les concessions de travaux (aujourd'hui encadrées par l'ordonnance du 15 juillet 2009) et les concessions de service, lesquelles peuvent viser – ou non, depuis l'adoption de la directive « Concessions » du 26 février 2014 – une activité de service public¹⁶⁴. Lorsque tel est le cas, cette activité est de nature soit industrielle et commerciale, soit administrative (sous réserve des services réputés « indélégbables », comme la police). Les modalités de la concession publique sont, pour l'essentiel, au nombre de trois¹⁶⁵. D'abord la concession de service public au sens classique (la plus importante), par laquelle le concédant charge le concessionnaire d'exploiter un service public à ses frais et risques, en prenant à sa charge les investissements qui s'y rapportent. Ensuite l'affermage, par lequel un fermier prend en charge la gestion du service délégué, à l'exclusion de tels investissements, ce qui doit supposer le versement d'une redevance pour amortir les investissements publics. Enfin, la régie intéressée (plus marginalement), dans laquelle le régisseur effectue des opérations de recettes et de

160. V. à cet égard, CAE, 2 juin 2016, Dr. Falk Pharma GmbH c/DAM-Gesundheit, n° C-410/14.
161. Cette technique contractuelle est particulièrement utilisée pour le financement des grands stades. V. S. Baudouin : *Les contrats de « mariage » des équipements publics* (JF/2014 2015, p. 67).

162. V. à leur propos, sur l'ancien état du droit (outre les références communes aux deux catégories contractuelles mentionnées plus haut), L. Roche (dir.) : *Délégation de service public* (Le Moniteur, mise à jour régulière) ; L. Roche : *La concession en droit (LGD)*, 2014) ; C. Bertrand : *Les conventions de délégation de service public : transparence et service public local* (DexiaLe Moniteur/Imprimerie nationale, 2^e éd., 2009) ; dossier « Les vingt ans de la loi Sapin » (AJDM 2013, p. 127ff) ; dossier « La loi Sapin, 20 ans après » (UDPA 2013, n° 8, p. 29).

163. S. Nicaise : *Qualification, régualification des contrats (Contrats publics oct. 2017, p. 18).*

164. Pour un panorama, J.-F. Lucquin, H. Pauxet, C. Demont : *Droit des services publics* (LexisNexis, 3^e éd., 2016).

dépenses pour le compte de la collectivité délégante¹⁶⁵. Au sein des concessions, il faut distinguer les concessions « mixtes » qui portent à la fois sur un service et sur des travaux publics (parcs de stationnement souterrains, distribution d'eau, etc.), les concessions de service sans travaux publics (une illustration : le transport public de voyageurs), et – il n'y a pas alors délégation d'un service public – les concessions de travaux publics sans service public (concessions hydrauliques, notamment). Dans quelques cas-limites, le juge reconnaît l'existence d'une délégation de service public alors que l'activité au cœur du contrat n'est pas en elle-même une mission de service public (en l'absence d'intérêt général), mais qu'elle participe au financement de services publics (V., à propos des conventions d'exploitation de casino : CE, 19 mars 2012, SA Groupe Partouche¹⁶⁶). La distinction entre concession de service public et délégation de service public manque de lisibilité et apparaît, à certains regards, comme une complication inutile. En l'état du droit positif, la délégation de service public se définit comme une concession passée dans un contexte local, parce qu'elle est conclue par une personne morale relevant du Code général des collectivités territoriales (CE, 15 déc. 2017, Synd. mixte de l'adreport de Lannion - Côte de granit¹⁶⁷). S'y appliquent des règles générales taillées sur mesure pour les relations territoriales (CGCT, art. 1411-1 s.l., mais qui renvoient essentiellement aux principes généraux de la commande publique. On pourrait donc estimer que cette appellation est la survivance d'un glorieux passé des conquêtes de la législation contractuelle, mais qu'elle n'a plus guère d'intérêt.

Retenir la qualification de concession, plutôt que celle de délégation, n'est pas un choix anodin. D'une part, cela traduit l'influence des catégories européennes en droit de la commande publique, tout en manifestant une sorte de retour aux sources contractuelles en droit interne. Mais il existe une ambiguïté de vocabulaire regrettable entre la concession (moderne et englobante) et la concession de service public (classique et précis) ; au regard de la délégation de service public, la concession apparaît en même temps comme une « métacatégorie » et comme une « infra-catégorie ».

D'autre part, cela permet d'étendre le périmètre de cette catégorie contractuelle. Ainsi, une convention de terminal portuaire peut être qualifiée de concession en raison des engagements réciproques des parties, qui révèlent diverses prestations répondant à un besoin du concédant et un transfert du risque d'exploitation (CE, 14 Mar. 2017, Sié de manutention

165. Dossier « La règle intéresse » (ADM 2012, p. 142).

166. BUCP 2012, p. 193, concl. Bouyou, obs. Souverz ; CMP 2012, n° 157, obs. Ecker ; JOPA 2012, 2319, note Nouze-Dutel-Hieu ; AJEP 2012, n° 41, note Pauwels.

167. BUCP 2018, p. 108, concl. Hivon ; CMP 2018, n° 44, note Olivelle ; DA 2018, n° 13, note Ecker. Sur cette catégorie en droit positif, J.-B. Wu : *Contrat de délégation de service public : Nation et juridiction* (Dalloz, 2019).

portuaire d'Aquitaine¹⁶⁸); à défaut, il s'agit d'un simple contrat d'occupation du domaine public (C. transp., art. L. 5312-14-1)¹⁶⁹.

96. Les contrats d'occupation du domaine public¹⁷⁰: l'administration – propriétaire ou « affectataire » – autorise des personnes (la plupart du temps privées) à utiliser le domaine public de façon privative, selon des modalités variables. L'occupation peut être conforme à l'affectation ou – plus souvent – juste compatible avec elle : l'occupant a des droits personnels ou des « droits réels administratifs ». Si les marchés publics sont l'équivalent des contrats d'achat privés, les contrats domaniaux se rapprochent des contrats de bail. La comparaison est d'ailleurs telle que les parties se méprennent parfois, en nommant « contrat de location » une convention dont l'objet est en réalité une occupation du domaine public. Pourtant, l'occupant domanal n'a aucun droit au renouvellement de son titre (sauf considérations d'intérêt général : CE, 25 juin, 2017, *Cne de Port-Vendres*¹⁷¹).

97. Les contrats de recrutement d'agents publics : en principe, les agents publics se trouvent dans une situation légale et réglementaire. Ce sont des fonctionnaires, non des agents contractuels. À l'inverse, les contractuels ne sont normalement pas des agents publics (les employés des services publics industriels et commerciaux se trouvent soumis au droit privé). Mais entre les deux, il existe des agents publics contractuels, recrutés par contrat administratif¹⁷². Cette catégorie – celle des agents non titulaires des services publics administratifs – tend à se développer (environ 871 000 agents en 2012, 966 600 en 2018), remettant au goût du jour la vieille idée de « contrat de fonction publique » rejetée par le statut général de la fonction publique depuis 1946 et, auparavant, par le Conseil d'État (CE, 7 août 1909, *Winkel*¹⁷³). L'évolution du statut au contrat pourrait d'ailleurs aller plus loin, si les préconisations du Comité Action Publique 2022 étaient suivies, puisqu'un rapport rendu en 2018 a suggéré de développer l'accès à certaines fonctions publiques par contrat de droit privé¹⁷⁴.

b) Limites

98. Le critère tiré de l'objet du contrat n'est pas suffisant. Il ne permet pas de distinguer les deux grandes catégories de contrats de la commande

168. AIDA 2017, p. 1453, note Maublanc; BUCP 2017, p. 153, concl. Pillonnié; CMP 2017, n° 99, note Ecker; DM 2017, n° 16, note Richet; JCPA 2017, 2128, note Vu.

169. L. n° 2019-1428 du 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités, art. 131.

170. B. Russo: *Contrats domaniaux* (L.-C. Propriétés publiques, Fasc. VII; Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif [in *Contrats et propriété publique*, dir. G. Cusacca, LexisNexis, 2011, p. 29]; F. Bégin: *Le contrat domanial* (AIDA 2016, p. 1809).

171. AIDA 2017, p. 1222, note Feauve; CMP 2017, n° 78, note Ecker; DM 2017, n° 21, note Bégin.

172. V. n° 74.

173. D. 1911, 3, p. 17, concl. Tanguy.

174. F. Meunier: *Vers un élargissement du recours au contrat dans la fonction publique* (AIDA 2018, p. 25).

publique, marchés publics et concessions¹⁷⁵. En effet, il est possible de faire gérer tout ou partie d'un service public par une entreprise, sur le fondement d'un marché public de services (exemple : la gestion « mixte » des prisons). On voit les limites de « l'objet de service public » : la distinction entre « commander des prestations » (marchés publics) et « déléguer un service » (concessions publiques) n'est pas discriminante. Déléguer un service, c'est – notamment, au regard du droit de l'Union européenne – commander une prestation : le « droit de la commande publique » englobe les deux catégories de contrats, logiquement traitées par le Code de la commande publique.

99. De la même façon, ce critère de l'objet ne permet pas de distinguer les contrats portant sur des travaux publics : les marchés publics de travaux et les concessions de travaux publics (dont le régime était encadré jusqu'en 2018 par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009¹⁷⁶) et l'est désormais par la troisième partie du Code de la commande publique portent sur le même objet, mais ils ne suivent pas le même régime.

100. La période contemporaine est enfin marquée par le développement des contrats dits complexes ou globaux¹⁷⁷, qui intègrent une pluralité d'objets, ce qui neutralise partiellement l'efficacité de ce critère. Il peut être malaisé, à titre d'exemple, de distinguer par leur objet une concession de service public et un marché de partenariat (celui-ci « flirtant » souvent avec celle-là)¹⁷⁸. En pratique, l'analyse de l'objet intervient plutôt à un second niveau pour déterminer, au sein d'une catégorie (marché ou concession, le plus souvent), le degré des exigences procédurales. On songe aux différents seuils financiers de passation, qui varient selon l'objet de la convention. Leur identification est moins aisée qu'il n'y paraît, comme en témoigne le cas des contrats « mixtes ».

2. Le paramètre financier

101. Le critère financier est un élément complémentaire, qui doit être combiné avec le précédent. Il permet, en premier lieu, de rattacher les contrats administratifs à la catégorie des marchés publics ou à celle des concessions publiques. Dans les marchés, la rémunération du cocontractant est assurée par le versement d'un prix (ce sont donc, en principe, des contrats à paiement public : le prix est généralement versé par

175. Sur cette dichotomie, F. Roux : *De la distinction entre marché public et délégation de service public* (RFCA 2004, p. 485).

176. P. Pistor : *Concession de travaux publics* (J.-C. Adm., Financ. 672) ; B. Dacosta : « Le contrat de concession de travaux publics issu de l'ordonnance du 15 juillet 2009 : un intrus dans le paysage contractuel ? » - [M. Richer, LGDJ, 2010, p. 57].

177. P. Duquennoy : *Les contrats globaux* (RFCA 2004, p. 1079).

178. F. Luxon : *Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat* (JCPA 2011, 2394).

l'administration¹⁷⁷. Elle est composée librement selon des modalités diverses et l'imagination des contractants, la contrepartie étant d'ordinaire monétaire, mais pouvant être constituée par « tout équivalent » [CCP, art. L. 1111-1], tel qu'un abandon de créance.

Dans une concession, la rémunération vient, au moins en partie, des recettes d'exploitation, autrement dit de l'usager. Ainsi, le Conseil d'État définissait les délégations de service public comme l'ensemble des formules par lesquelles une personne publique confie la gestion d'un service public à un partenaire, dont la rémunération est « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » [CE, 15avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*¹⁷⁸]. Le législateur avait repris cette formule, qu'il employera de nombreux arrêts, dans la loi « MURCEF » du 11 décembre 2001 [art. 3 : V. CGCT, art. L. 1411-1]. Cette première expression du paramètre financier a connu une reformulation intégrant une lecture globalisante, non réduite aux données chiffrées brutes. Selon les dispositions du Code de la commande publique, le concédant doit transférer au concessionnaire « un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » [CCP, art. L. 1121-1].

102. L'élément fondamental, qui figurait auparavant en arrière-plan et occupe à présent l'avant-scène, correspond au transfert de risques sur le concessionnaire : ce dernier agissant à ses risques et périls, ses résultats vont dépendre de l'exploitation. Le titulaire d'un marché public ne supporte pas ce type de risques : il a la certitude d'être payé par l'administration, au pire avec du retard¹⁷⁹. Souvent discutée, cette référence au risque économique et financier reste pourtant de mise dans la jurisprudence, tant française [par ex., CE, 5juin 2009, *Sid Avenance - Enseignement et Santé*¹⁸⁰] qu'européenne [par ex., CJUE, 10mars 2011, *Priester Rettungsdienst und*

177. V. guide pratique : « Le prix dans les marchés publics » [D4J, Min. Eco., mars 2010]. Un exemple, parmi de nombreux, concernant l'organisation d'un festival de musique : CE, 23mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages* [AJDA 2011, p. 1575, note Dernier ; BJCP 2011, p. 258, concl. Bouvier ; CGP 2011, n° 195, note Ecker ; Bd 2011, n° 79, note Picard] ; JCPA 2011, 2329, note Léonard ; RUEP 2011, n° 49, cancel. V. aussi, sur le caractère déterminant d'une rémunération par un prix pour caractériser un marché public, CJUE, 13juil. 2017, *Mapencia Logistica Europa SpA*, n° C-701/15.

178. AJDA 1994, p. 729, chmn. Chauvin et Gaucon ; CJEG 1994, p. 270, note Saussier ; Bd 1994, n° 355, note Auri ; LPA 12juil. 1996, p. 30, note Peix ; RUEP 1996, p. 751, cancel. Chauvin, p. 718, note Tissot. – V. F. Lutzen : « Remarques sur la rémunération du concessionnaire comme critère de la délégation de service public » [Mkt. J. Notini, Didier, 2012, p. 301] ; J.-G. Guenot : « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle » [Mkt. Moderne, Didier, 2004, p. 507].

179. Sur la lutte contre les retards de paiement : loi n° 2013-106, 28janv. 2013, art. 37 s. [CGP mars 2013, p. 13, obs. Chauvin ; JCPA 2013, Art. 103, comm. Norci] ; décr. n° 2013-237, 29mars 2013 [CGP 2013, n° 127, comm. Chauvin ; JCPA 2013, 2124, comm. Dernier].

180. CGP 2009, n° 236, note Ecker ; RUEP 2010, n° 3, note Mariani. V. aussi CE, 7avr. 2008, *Dot de la Vendée* ; AJDA 2008, p. 2454, note Rozen ; BJCP 2009, p. 7, étude Peix ; CGP 2008, n° 294, note Ecker.

Krankentransport Stadler¹⁸³). La difficulté, tenant à la dimension assez subjective de l'appréciation du caractère « substantiel », perdure malgré tout avec l'analyse globale du risque. Cet adjectif ne signifie ni « exclusif » (les directives du 31 mars 2004 admettaient déjà qu'un concessionnaire, de travaux ou de services, fût rémunéré à la fois par un prix et par des recettes d'exploitation) ni même « majoritaire ». S'il doit être significatif, le risque pesant sur l'entreprise peut s'avérer assez faible (des juridictions administratives du fond ont qualifié certains contrats de délégations de service public, dès lors que l'entreprise supportait environ 10 % du déficit d'exploitation).

On pourrait de prime abord estimer l'exigence du niveau de risque assez faible pour les concessionnaires. Mais cela s'avère opportun pour assurer la viabilité économique du mécanisme concessif, qui requiert structurellement une participation financière significative de la part des collectivités publiques. Quoi qu'il en soit, le juge se livre, dans chaque espèce, à une appréciation globale du risque d'exploitation. Celle-ci s'appuie sur les précisions apportées par le codificateur, qui exige une « réelle exposition aux aléas du marché », de sorte que « dans des conditions d'exploitation normales, [le concessionnaire] n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts » (ICCP, art. L. 1121-1). Au vu de l'utilisation concrète du critère financier, la jurisprudence administrative semble se rapprocher toujours plus de celle de la Cour de justice de l'Union européenne par l'évaluation d'un risque réel de pertes économiques. Ainsi, constitue un marché public une convention de gestion de cantine scolaire dans laquelle 86 % de la rémunération est assurée par la personne publique et en l'absence de véritable variations d'activité (CE, 24 mai 2017, *Sté Régal des îles*¹⁸⁴).

103. Les paramètres financiers sont, en outre, utiles pour distinguer les contrats à l'intérieur des grandes « familles ». Lorsqu'un service public est délégué par voie conventionnelle, ce sont les modalités exactes de rémunération de l'entrepreneur qui permettront de faire le départ entre la concession (le concessionnaire se finance grâce à des redevances perçues sur les usagers), l'affermage (le fermier se rémunère sur la différence entre les recettes d'exploitation et une redevance qu'il doit verser à la personne publique) et la régie intéressée (le régisseur ne fait que percevoir, pour le compte de la collectivité, les recettes d'exploitation). En quelque sorte, le paramètre financier illustre la prémisse assumée de l'analyse économique en droit des contrats administratifs.

183. BJCP 2011, p. 215, obs. Sommer ; CMP 2011, n° 147, note Zonneveld ; DA 2011, n° 45, note Nouvelles ; Europe 2011, n° 170, obs. Montier ; Asparavari, CJCE, 13 oct. 2005, *Parkering Bremen* ; Rec. It, p. 8585, concl. Rosati ; CMP 2005, n° 304, note Ecker ; JCPA 2005, 1021, obs. Sommer ; CJCE, 18 juil. 2007, *Jean Autour* ; 1000AB, n° 18.

184. AJDN 2017, p. 1957, note Munnich ; BJCP 2017, p. 279, concl. Pelizzetti ; CMP 2017, n° 182, note Ecker ; JCPA 2017, 2210, note Serriz.

B. Les vecteurs de brouillage

104. Si les deux critères précédemment évoqués permettent de classer les principaux contrats de la commande publique, ils sont inopérants à l'égard d'autres catégories, comme les offres de concours. Les frontières entre contrats de commande publique *lato sensu* sont par ailleurs poreuses, cette perméabilité illustrant le brouillage contemporain des classifications. S'ensuivent de fréquents problèmes de qualification, dont on donnera deux illustrations qui n'épuisent pas le sujet¹⁸⁵: les contrats administratifs *sur generis*, d'une part; les contrats administratifs «à double visage», d'autre part.

1. Les contrats administratifs *sur generis*

105. Il existe une difficulté récurrente – qui n'est pas sans évoquer l'histoire du « Vilain Petit Canard » dans le conte d'Andersen – lorsque de nouveaux contrats voient le jour et présentent un caractère hybride par rapport aux contrats existants. Ils sont susceptibles d'être rattachés à plusieurs catégories, voire d'en constituer une nouvelle. Seul la jurisprudence ou un éclaircissement par voie législative est alors en mesure de lever les incertitudes.

106. Un premier exemple est celui des marchés d'entreprise de travaux publics (CE, 11 déc. 1963, Ville de Colombes¹⁸⁶). Cette figure contractuelle, hybride entre concessions et marchés publics¹⁸⁷, s'est principalement développée à partir de la pratique dans les années 1980-1990. Il s'agissait d'un contrat de longue durée confiant à une entreprise l'exploitation d'un ouvrage et du service public auquel il était affecté (ce qui le rapprochait d'une délégation de service public), mais en contrepartie d'un prix payé par la collectivité, qui n'était pas lié aux résultats de l'exploitation (ce qui le rapprochait d'un marché public). Une telle formule a, dans un premier temps, été utilisée sans mise en concurrence, avec des dérives. Pointées par le juge des comptes dès 1997, celles-ci aboutiront à une série de condamnations pénales entre 2003 et 2007 dans l'affaire des marchés d'entreprise de travaux publics portant sur la rénovation et l'entretien des lycées de la région Île-de-France. Le Conseil d'Etat devait réagir en qualifiant ces contrats de marchés publics, vu le mode de rémunération du cocontractant (CE, 15 avr. 1996, Préfet des Bouches du Rhône¹⁸⁸): c'était en sonner le glas, les marchés en cause étant illégaux, car les modalités de passation prévues par le Code des marchés publics n'avaient pas été respectées. À partir du début des

185. Pour un exemple de marché et de procédure *sur generis*, G. Guillaum-Mauzou, N. Bouaz: L'appel d'offres «dolans en mer». Quelques réflexions à propos d'un nouvel avatar juridique (COPA 2012, 239ff). V, encore, en matière domaniale, A. Jacquart-Gauvin: Recherches sur le contrat d'amodiation (RFDA 2013, p. 23ff).

186. Rec. p. 612.

187. P. Tournier: Le marché d'entreprise de travaux publics [Revue d'économie financière, Partenariat public-privé et développement territorial, 1995, p. 20ff].

188. Préf. n° 188.

années 2000, une nouvelle génération de contrats de ce type s'est pourtant développée dans différents secteurs (sécurité, hôpitaux), cette fois-ci sur le fondement de textes ; ce qui était illégal est, de la sorte, devenu légal¹⁸⁹.

107. Une deuxième illustration correspond aux contrats de mobilier urbain. Ce sont les contrats portant sur la mise en place d'équipements utiles à la vie urbaine comme les « abribus », les « colonnes Morris », etc. Sous l'impulsion de la société J.-C. Decaux, qui l'a inventée, une pratique s'est développée, consistant à implanter ces installations sur la voirie routière, sans frais pour les collectivités, les recettes provenant d'annonceurs publicitaires. L'hésitation entre plusieurs qualifications était permise : contrat d'occupation du domaine public (puisque ce « mobilier », au reste mal nommé – il s'agit d'immeubles par incorporation –, est installé sur la voirie), délégation de service public (ce sont des équipements d'intérêt général financés grâce aux sommes versées par les annonceurs) ou marché public. Le Conseil d'État a retenu la dernière qualification len l'occurrence, celle de marchés publics de services lorsque le contrat est conclu pour répondre aux besoins de la collectivité, les entreprises étant payées par un prix, même si celui-ci n'est pas versé par l'administration, mais par des tiers, et caractérisé aussi par un abandon de redevance pour occupation¹⁹⁰ [V., confirmant la jurisprudence antérieure : CE, 4 nov. 2005, *Sel J.-C Decaux*¹⁹¹]. En revanche, quand la convention ne vise pas à satisfaire de tels besoins, la qualification de contrat domanial s'impose [V., pour l'exploitation des « colonnes Morris » : CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*¹⁹²]. Dans le même sens, pour un contrat de régie publicitaire, CE, 3 déc. 2014, *Établissement public Tisséo*¹⁹³). Et, assez pragmatiquement avec la réforme du droit de la commande publique, lorsque le contrat de mobilier urbain se caractérise par une absence de prix et un risque d'exploitation pesant sur l'opérateur soumis aux aléas du marché, le juge rebent la qualification de concession (de manière implicite, CE, 5 févr. 2018, *Ville de Paris*¹⁹⁴ ; de façon explicite, CE, 25 mai 2018, *Sté Philippe Védiad Publicité*¹⁹⁵). On comprend dès lors que la

189. F. Mousset : Le METP, un nouveau Lazare juridique ? AJDA 2003, p. 1260.

190. V., sur la notion de « prix négatif », M. Mousset : Le prix négatif dans les marchés publics AJDA 2015, p. 1527.

191. RFDA 2005, p. 1082, *cond. Cours*. Dans le même sens, qualifiant de marché public un mandat de vente immobilière, même lorsque les honoraires sont acquittés par un acquéreur privé : Rép. min. à QII, n° 01475 [CPC N 2012, Art. 958, obs. Dureau].

192. AJDA 2013, p. 1223, obs. Pommere; AJDA 2013, p. 1273, chron. Deneuve et Berthonneau; CMP 2013, n° 199, note Ecker; JCPA 2013, Act. 453, obs. Dureau.; JCP A 2013, 2168, note Quacco (annulation de : CAA Paris, 17 oct. 2012, *Ville de Paris*; AJDA 2012, p. 2323, *cond. Dureau*; CMP 2012, n° 207, obs. Ecker).

193. AJDA 2015, p. 1180, note Mousset; BJCP 2015, p. 128, *cond. Pommere*; CMP 2015, n° 48, note Ecker.

194. AJDA 2018, p. 1338, note Véziel-Léonard; BJCP 2018, p. 190, *cond. Pommere*; CMP 2018, n° 87, note Ecker; AJDA 2018, n° 20, note Soumer; JCP A 2018, 2126, note Merle.

195. AJDA 2018, p. 1725, note Mousset; BJCP 2018, p. 120, *cond. Pommere*; CMP 2018, n° 165, note Ecker. V., S. Nicoux : La régualification des contrats de mobilier urbain en concession (Contrats publics sept. 2018, p. 22).

nature juridique de ces conventions soit fonction de leur montage financier, l'essentiel résistant dans les garanties apportées par l'acheteur.

108. Un dernier exemple concernait le partenariat¹⁹⁶ : contrat complexe, à objet global¹⁹⁷, intégrant des prestations variées (conception, construction, gestion et entretien d'ouvrages, voire gestion d'un service public ainsi que le prévoit maintenant de façon explicite le Code de la commande publique en son article L. 1112-1 à propos des marchés de partenariat). Vu cette pluralité, il était permis d'hésiter entre les qualifications de marché public et de délégation de service public. La plupart des auteurs considéraient néanmoins qu'il s'agissait de marchés publics, car c'étaient des contrats à paiement public [la rémunération du cocontractant étant assurée par un prix versé de façon fractionnée sous forme de loyer pendant la durée du contrat] ; mais des marchés spéciaux, qui échappaient à l'ancien Code des marchés publics. Fort heureusement, le législateur délégué a expressément intégré ce montage contractuel singulier au sein des contrats de la commande publique (V. ord. n° 2015-899 du 29 juill. 2015, art. 66 s., abrogés par ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018). Le contrat en cause est soumis aux principes du droit des marchés publics, avec un certain nombre de réserves et de particularités (CCP, art. L. 2200-1 s. ; auparavant, sur ses conditions d'utilisation, CE, 30 juill. 2014, *Cne de Biarritz*¹⁹⁸). S'il reste critiquable sur les plans économique et financier, le partenariat est entré en somme dans le droit chemin de la commande publique : quoique très particulier, c'est un marché public à part entière.

2. Les contrats administratifs « à double visage »

109. Des contrats administratifs sont quelquefois susceptibles d'être rattachés à plusieurs catégories, dont les caractéristiques s'avèrent incompatibles. Il importe alors de savoir en fonction de quels paramètres le choix entre les qualifications possibles doit être effectué. Ainsi la question se trouve-t-elle régulièrement posée du choix entre la qualification de contrat domaniale et celle de contrat de commande publique. Car un nombre élevé de délégations de service public impliquent l'utilisation privative du domaine public (distribution d'eau, chauffage urbain, transports...)!¹⁹⁹. Avant 2015, l'exemple classique était celui des contrats domaniaux avec opérations de construction pour le compte de la collectivité bailièreesse (montages dits « aller-retour »).

196. F. Roux, *L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et le problème de la classification des contrats* (RDC 2004, p. 1607).

197. Une mission plausible ne peut reposer sur un système de tranches fermes et conditionnelles (CE, 29 avr. 2015, *Syndic de valorisation des déchets de la Guadeloupe* ; DA 2015, p. 1749, note Mousset ; EUCP 2015, p. 340, concl. Pausse ; CMP 2015, n° 137, DA 2015, n° 41, note Aucouturier ; JCPA 2015, 2730, note Lassere).

198. EUCP 2014, p. 404, concl. Pausse ; CMP 2014, n° 274, note Eckart ; DA 2014, n° 76, Besson ; JCPA 2014, 2348, note Cornet.

199. Pour une illustration : CAA Paris, 4 déc. 2013, *SM d'exploitation de la Tour Eiffel* (n° 10PA04768).

110. Les textes sur la simplification du droit de la commande publique se sont efforcés de limiter de telles hypothèses. Ainsi, l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015 devait chercher à clarifier la frontière, jusque-là fort poreuse, entre contrats domaniaux et contrats de commande publique (art. 101 : « Une autorisation d'occupation temporaire [du domaine public] ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation »). Ceci a imposé certaines révisions ; par exemple, les conventions d'exploitation de terminaux portuaires, qui étaient traditionnellement qualifiées de conventions d'occupation du domaine public, ont été requalifiées en concessions de services avant que le législateur n'intervienne spécifiquement [CE, 14 févr. 2017, *Sté de manutention portuaire d'Aquitaine*²⁹¹]. On peut regretter que le Code de la commande publique n'ait pas repris cette disposition, d'anciennes incertitudes sur la « police des frontières » risquant de ressurgir dans un cadre normatif nouveau.

Au-delà, il semble possible de déduire de la jurisprudence et des textes en vigueur deux directives d'interprétation permettant de régler d'éventuels conflits de qualification²⁹². En premier lieu, lorsqu'un contrat est susceptible d'être rattaché à deux catégories, il faut l'intégrer à celle dont le régime est le plus strict. Par exemple, un contrat emportant occupation du domaine public qui, dans le même temps, transfère la gestion d'une mission de service public, doit être regardé comme une concession de service public²⁹³. C'est une orientation de bon sens, sans quoi le régime le plus contraignant serait contourné ; mais le rapprochement des régimes d'attribution de ces contrats en complique la mise en œuvre²⁹⁴.

111. En second lieu, quand un contrat ayant plusieurs objets est susceptible de se voir appliquer différentes qualifications, le choix est commandé par son objet principal. Ce critère trouve son origine dans le droit de l'Union européenne²⁹⁵. Ainsi, un marché à objet mixte – travaux et services – est soumis, selon la Cour de justice, à la procédure applicable aux marchés publics de travaux si son objet principal porte sur des travaux²⁹⁶. Les

290. V. n°95.

291. Orientations qui ne permettent pas de résoudre tous les problèmes, notamment parce qu'il existe des cas-limites dans lesquels elles sont susceptibles d'entrer en contradiction.

292. CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille* [CMD 2008, n° 266, note Zonneveld; RUDP Nivr. 2010, p. 17, note Chauvin-Huet].

293. V. n°129.

294. V. not. art. 2 dir. 2014/23 et 2014/24, 26 Nivr. 2014.

295. Par ex., CJUE, 26 mai 2011, Commission c./ Espagne [CMD 2011, n° 244, note Zonneveld]. Antérieurement, illustrant l'analyse « multifactorielle » qui permet de déterminer l'objet contractuel : CJCE, 19 avr. 1994, *Sté Gestion Navires Internationaux* [D, 1994, p. 129 ; Del 1994, n° 627 ; Marchés publ. juin-juil. 1994, n° 282, p. 31 ; RUDP 1994, p. 441, obs. Llorente et Toméma]. Il convient avant tout de s'interroger sur la caractére inséparable des travaux par rapport à l'objet immobilier (V., L. Ricou et E. Fauver, *Contrat à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second* ; AJDA 2015, p. 1077).

directives « Marchés » (art. 3) et « Concessions » (art. 20) du 26 février 2014 utilisent également ce critère en ce qui concerne les contrats portant à la fois sur des travaux et sur des services.

Le droit interne reprend l'idée à son compte²⁸⁶. Par exemple, une concession d'autoroute a été regardée comme une concession de travaux, et non une délégation de service public, car l'élément « travaux » y apparaît déterminant. Sa passation devait en conséquence se conformer à l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, et non à la loi dite « Sapin 1 » n° 99-122 du 29 janvier 1999²⁸⁷. Le Code de la commande publique s'inscrit dans la continuité en faisant aussi massivement usage du critère de l'objet pour la qualification des contrats « mixtes » (CCP, art. L. 1300-1 al. Si la rationalisation textuelle dans cette matière apporte davantage de simplicité, la détermination de l'objet principal – par exemple, travaux ou services –, donc l'anguillage entre catégories, peut se révéler malgré tout complexe²⁸⁸. Car l'exercice de quantification est loin d'être aussi objectif qu'en le voudrait : le caractère principal peut en effet être déterminé par le besoin fondamental, par la valeur économique ou encore par la durée d'exercice. On comprend donc qu'une analyse finaliste, se préoccupant surtout des effets concurrentiels sur le marché, puisse l'emporter.

286. Sur le choix de la procédure pour les marchés « mixtes », CCP, art. L. 1111-2 al. Sur l'angillage entre concessions de services et de travaux, CCP, art. L. 1121-2 6.

287. CE, avis 16 mars 2010 (CMP 2011, n° 300, note Zanoni; DA 2011, n° 80, note Pichot); CE, avis 21 juin 2011 (rapp. publ. 2012, p. 362 ; CMP 2012, Etude 7, comme Hopman). V. également, F. Lockett, P. Soulié-Cortoux, « Marchés, concessions de travaux et d'aménagement : de quelques problèmes de frontière » (CMP 2011, Replie 10).

288. La remarque valut aussi, lorsque ce critère fut employé pour savoir si un contrat est administratif ou privé (par ex. : CMA Douai, 25 oct. 2012, *Société immobilière Comptoir* ; AIDA 2013, p. 32, note Houze; CMP 2012, n° 344, note Zanoni ; JCPA 2013, 2101, note Lockett).

Chapitre 3

La passation des contrats administratifs

Introduction : sur la formation du contrat (généralités)

112. La formation des contrats administratifs, qui dépasse la seule question de leur passation (entrée sur les procédures concurrentielles), obéit aux principes de base du droit des contrats. L'on sait que le droit administratif subordonne – comme le droit privé – la validité du contrat à la réunion de plusieurs conditions (objet, consentement, etc.¹). Au-delà existent des particularités, dans le détail desquelles on n'entrera pas brevitas causa, mais qui méritent d'être signalées pour mémoire.

113. *Les règles de procédure* : il existe des cas, fort rares, où la passation du contrat est subordonnée à une autorisation préalable ou doit faire l'objet d'une appréhension (ceci, pour certaines autorités de l'État). De tels éléments, qui relèvent d'une logique de tutelle, ont disparu dans les rapports entre l'État et les collectivités locales. Demeure, pour ces dernières, une spécificité, liée à la réforme par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 du mécanisme de contrôle exercé à leur égard : la nécessité de transmettre les contrats administratifs au représentant de l'État en vue d'un éventuel décret préfectoral. Cette obligation ne concerne pas les contrats privés et tous les contrats administratifs ne sont pas visés : le sont – notamment, par diverses dispositions du CGCT, surtout l'article L. 2131-2 – la plupart des marchés publics (dont les marchés de partenariat), les contrats d'emprunt, les contrats de concession et les conventions de coopération décentralisée².

114. *Les règles de compétence*³ : s'agissant de l'État, la compétence pour conclure les contrats relève des ministres concernés, des autorités déléguées et/ou, de plus en plus souvent, des autorités déconcentrées, au premier rang desquelles les préfets. Pour les établissements publics, la décision de contracter appartient en principe au conseil d'administration, l'exécutif signant ensuite le contrat. Le schéma est le même dans les collectivités locales, l'assemblée délibérante étant compétente pour décider le recours au contrat, l'exécutif pour signer ce dernier (par ex. : CGCT, art.

1. V. n° 29. Adde, S. Beaumanoir : Formation du contrat administratif [Li.-Cl. Adm., Fasc. 6] 101.

2. Sont également visés par l'obligation de transmission les contrats d'engagement des agents non titulaires (CGCT, art. L. 2131-6).

3. Pour une vue d'ensemble, M. Lo : Compétence et contrats publics (RFDA 2019, p. 1011).

L. 2122-21, à propos du mairel. Il arrive toutefois que l'exercice de ces compétences revête un tour un peu fictif ; c'est le cas, par exemple, quand l'accord d'un conseil municipal est obtenu *a posteriori* par l'exécution des clauses conventionnelles⁴. Au-delà de cette ventilation générale entre organes, la répartition des habilitations entre personnes publiques recèle aussi certaines subtilités en raison de fréquents échevêtements institutionnels. Ainsi, le maire d'une commune demeure compétent pour passer un contrat de mobilier urbain, bien que le domaine public concerné soit géré par une autre collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale⁵ : la compétence pour signer suit la capacité à contracter, elle-même liée à la propriété publique.

115. Les règles de forme : même si la jurisprudence reste peu formaliste⁶, la forme écrite est quasiment systématique. Sous réserve de rares accords verbaux, l'immense majorité des contrats administratifs naît sous la plume des parties. L'écrit est exigé pour les conventions d'occupation du domaine public qui sont obligatoirement scellées par un acte formalisé, car l'autorisation ne saurait être accordée de manière tacite⁷. Il est surtout imposé pour les marchés à partir de 25 000 euros HT [V., pour le principe, CCP, art. L. 2112-1 ; pour le montant, art. R. 2112-1] et impliqué par les procédures de passation formalisées [comment imaginer qu'un contrat dont la conclusion est strictement encadrée ne soit pas écrit ?]. L'on peut tout de même regretter que le titre préliminaire du Code de la commande publique élude le recours à l'écrit au lieu d'en faire un principe l'quitte à prévoir, pragmatiquement, certaines exceptions]. La numérisation des procédures de passation des marchés publics conduit, malgré tout, à une promotion de l'écrit. Obligatoire au 1^{er} octobre 2010 (décr. n° 2010-360 du 25 mars 2010, art. 37), elle vaut pour les marchés à procédure adaptée et, *a fortiori*, pour les marchés passés en procédure formalisée⁸. Indispensable pour la modernisation procédurale, la dématérialisation est progressivement intégrée par les acheteurs publics⁹.

4. CE, 8 oct. 2014, *Cse d'Entziques-sur-la-Sorgue* (AJDA 2015, p. 175, note Maury) ; BJCP 2015, p. 59, *cond. Daouadi* ; CMP 2014, n° 243, note Lasson ; PLCT 2014, n° 107, p. 39, note Guillet.

5. CE, 30 nov. 2018. *Sur CDA Publimedia* (BJCP 2019, p. 87, *cond. Pellegrin*) ; CMP 2019, n° 60, note Soula-Couturel.

6. Sur le jeu du consensuelisme, déclinant de l'autonomie de la volonté, J.-C. Bautz : *Le consensuelisme dans les contrats administratifs* (RDP 1996, p. 1715) ; C. Pocci : *Le consensus dans les contrats administratifs* (Th. Strasbourg, 1954). Y encore, D. Touchet : *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté* (in L. Gauvin, dir., *Le droit contemporain des contrats* : Economica, 1987, p. 189).

7. CE, 19 juin 2015. *Sur immobilière du port de Brest* (AJDA 2015, p. 1410, *chres. Less et Durieu et de Lasson*) ; BJCP 2015, p. 268, *cond. Escart* ; CMP 2015, n° 228, note Escart ; D4 2015, n° 61, note Escart ; JCPA 2015, 2262, note Hayard.

8. Cette disposition a été abrogée par l'article 14 du décret n° 2016-1075 du 3 déc. 2016. On se reporterà dorénavant aux articles L. 2102-1 s. du CCP.

9. V., sur ces procédures, n° 129 s.

10. V. dossier « État des lieux de la dématérialisation » (Contrat public juil.-août 2018) et « Dématérialisation : lancement du compte à rebours... » (Contrat public juil. 2018). Ainsi également, N. Fouquet : *Le contrat administratif électronique : l'exemple des marchés*

114. Les règles propres à divers contrats administratifs spéciaux, enfin. La conclusion des marchés de partenariat doit être précédée d'une évaluation préalable. Classiquement, celle-ci était destinée à montrer que les conditions de recours à ce contrat (urgence, complexité ou bilan favorable par rapport aux autres contrats de la commande publique) étaient remplies (V., ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 ; art. L. 1414-1 s. du CGCT, pour les collectivités territoriales). Fût, par exemple, jugé illégal le partenariat pour la construction d'un musée du surf à Biarritz, qui ne remplissait pas la condition de complexité (CE, 30 juill. 2014, *Cne de Biarritz*¹). Cette exigence – qui se rattachait à la problématique de la performance² – a ensuite été étendue à des contrats d'occupation du domaine public (contrats attributifs de droit réel sur le domaine public national, certains baux emphytéotiques administratifs) par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 et la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 (dite LOPPSI)³. S'y est ajoutée – pour les contrats de partenariat, les autorisations d'occupation temporaire du domaine public visées par l'article L. 2122-15 du CGPPP et le bail emphytéotique hospitalier (depuis lors supprimé) – une étude d'impacts budgétaires et immobiliers (décr. n° 2012-1093, 27 sept. 2012⁴), qui témoignait d'une méfiance nouvelle, à laquelle le changement de majorité politique intervenu en 2012 n'était vraisemblablement pas étranger, par rapport à ce type de contrats. Une loi avait même interdit à un certain nombre de structures administratives, comme les établissements publics de santé, de conclure de telles conventions (loi n° 2014-1653 du 29 déc. 2014, art. 34).

Un temps, l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015 banalisa l'évaluation préalable. Ses dispositions la prévoient non seulement pour les marchés de partenariat (quel que fût leur montant, au-dessus du seuil permettant d'y recourir, soit 2 à 10 millions d'euros HT selon le secteur : V. décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 151), mais aussi pour tous les marchés publics importants (hors secteurs de la défense et de la sécurité), au-dessus d'un seuil fixé par voie réglementaire (100 millions d'euros HT : V. décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 24⁵). Maintenue aujourd'hui pour les seuls marchés de partenariat (CCP, art. L. 2211-6), une telle évaluation vise à comparer les diverses formules possibles et à montrer que celle

publics (Th. Au-Marseille 3, 2001). Sur ces nouvelles perspectives technologiques, R. Cœur, Blockchain et commande publique (CNP) janv. 2016, p. 381 ; J. Moussou, Commande publique et technologie blockchain : un avenir, mais quel avenir ? (JCPA 2017, 2180).

11. Proc. n° 108. V., par comparaison, la régularité de l'évaluation menée pour la passation du partenariat relatif à la construction du nouveau palais de justice de Paris : CAA Paris, 3 avr. 2014, Assed. La Justice dans la Cité (AUDI 2014, p. 1322, concl. Rousseff).

12. G. Frêche : La performance dans les contrats administratifs (IRR/ 2005, p. 2359) ; F. Lauret : Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? (MFDA 2004, p. 603). Y. aussi, Partenariats public privé et performances des services publics (Rev. d'économie appliquée 2013/4 et 2013/11) ; N. Auzet, dir., Performance et droit administratif (LexisNexis, 2010, spéc. p. 103 s. et p. 155 s.).

13. V., JCPA 2011, n° 95, p. 29.

14. CNP 2012, n° 300, comm. Clauzon ; GM 2013, Étude 4, comm. Masques et Gouyouve.

15. Texte rapidement abrogé, avant même l'entrée en vigueur du Code de la commande publique (V. décr. n° 2017-516 du 19 avr. 2017, art. 2).

envisagée est la meilleure (exit, donc, les conditions d'urgence et de complexité) ; elle s'accompagne d'une étude de «soutenabilité budgétaire». Cette méthode globalisante est censée assouplir les exigences permettant de recourir au partenariat dès lors que sont atteints les seuils minimums de passation (par ex., 2 millions d'euros lorsque le partenariat porte sur des biens immatériels : CCP, art. R. 2211-1).

Pareille valse-hésitation législative quant au périmètre de l'évaluation préalable est surprenante. Une démarche initiale permettant de convaincre la personne publique que le contrat est préférable à la régie, ou qu'un marché offre de meilleures perspectives qu'une concession, présenterait une incontestable utilité (même s'il est vrai qu'elle aurait aussi un coût, tant «administratif» – délais, notamment – que financier).

117. Pour le reste, le plus spécifique intéresserait les implications du principe de transparence en la matière¹⁶. Les contrats publics en général, et administratifs en particulier, obéissent à des conditions de passation propres, car ils ne sont pas des «contrats comme les autres». Conclus sur deniers publics, ils ont un impact important sur le marché. Aussi les règles applicables doivent-elles garantir à la fois les intérêts de la collectivité et la transparence dans l'attribution des contrats, pour éviter les dérives et atteindre un optimum économique. La voie est étroite et les ambitions, parfois contradictoires : permettre l'émergence de «champions nationaux», notamment dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, pour gagner des marchés à l'exportation ; tout en préservant l'égal accès des entreprises à la commande publique, avec des implications diverses qui vont de la protection des petites et moyennes entreprises à l'encadrement de pratiques comme celle des «droits d'entrée»¹⁷.

En dépit de mouvements jurisprudentiels récents, la transparence ne suppose nullement la bonne foi, qui n'est pas explicitement consacrée parmi les principes de passation des contrats administratifs¹⁸. Si celle-ci inspire sans doute les comportements des parties et assurément le contrôle du juge, on chercherait vainement une authentique norme de portée générale prescrivant une telle exigence dans les rapports entre contractants potentiels. Sa reconnaissance correspondrait pourtant à la dimension subjective des relations pré-conventionnelles et compléterait opportunément les contraintes techniques de passation.

16. Par ex., E. Luxon : *La transparence et la commande publique* (Th. Lyon 3, 2012) ; L. Rozen : «La transparence et l'obstacle» (Mé. Dubet, PU Montpellier, 2006, T. I, p. 175) ; C. Mazzoni : «Le portail de l'obligation de transparence dans les contrats publics» (Mé. Modène, Dalloz, 2004, p. 407) ; F. Luxon : *Principe de transparence et contrats publics* (ICMP 2004, Chron. II).

17. CGCT, arr. art. L. 1411-2, V. C. Doct : *Les droits d'entrée* (UJA 1996, p. 63ff). Cette technique est désormais encadrée par le Code de la commande publique (CCP, art. L. 3714-4 ss).

18. G. Aujas : *En appét d'offres, trompe qui peut ?* (UJA 2015, p. 172ff). V. aussi sur l'absence d'application de la laïcité contractuelle au stade de la passation, CE, 11 avr. 2014, *Cra de Montréal* (BUCP 2014, p. 289, concl. Baccon, CMP 2014, n° 170, note Devilleux ; RLCF 2014, n° 103, p. 28, note Coche, ibid. Guillet).

118. Les développements suivants s'attachent à la portée et aux limites de la transparence, déduite des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Cette question conditionne évidemment la légalité des contrats conclus, mais elle entraîne également des conséquences sur le plan de la technique contentieuse, puisque plusieurs voies de droit ne sont ouvertes – on le verra¹⁹ – que dans le périmètre des contrats à passation encadrée. S'y ajoutent des prolongements pénaux, la violation des règles applicables étant sanctionnée le cas échéant au titre du délit de favoritisme (Code pénal, art. 432-14²⁰).

I. La portée du principe de transparence

119. Dès l'Ancien Droit s'était affirmée l'idée d'une mise en concurrence pour l'attribution de certains contrats (relatifs à l'achat de travaux ou de fournitures), dont la traduction résidait dans la mise en place de procédures d'adjudication. Ces dernières vont s'étendre avec la Révolution (en particulier, aux contrats de vente des domaines nationaux) et le xx^e siècle consacrera le principe d'une mise en concurrence pour les marchés publics (la rationalité administrative intègre donc la logique concurrentielle depuis longtemps).

120. Dans la période contemporaine, l'évolution la plus remarquable intéressera l'extension de la mise en concurrence au-delà des marchés publics (au sens traditionnellement retenu par le droit interne), sous l'influence notable du droit de l'Union européenne : contagion aux concessions de travaux et de services, mais aussi aux contrats immobiliers comme les concessions d'aménagement (sous la pression jurisprudentielle²¹) ou encore aux contrats domaniaux²². Ce phénomène repose sur le credo en vertu duquel la concurrence engendre des effets positifs (économie des deniers publics, efficacité accrue²³, stimulation du marché, etc.) ; il y a donc, en arrière-plan, une vision politique et qu'elle constitue également un outil

19. V. n° 263 s., n° 271 s. et n° 291 s.

20. On rappellera que, outre deux années d'emprisonnement, la sanction financière encourue a été sensiblement aggravée dans la dernière décennie. Elle est passée de 30 000 à 200 000 euros, avec la possibilité de porter ce montant au double du produit tiré de l'infraction (Loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013, art. 6). Le dispositif pénal se révèle ainsi plus dissuasif qu'auparavant.

21. CJCE, 18 janv. 2007, Jean Aurore 102004B, n° 181. Sur cette évolution, F. Lutzke, P. Soule-Courtaud, *Les dérives de la notion de marché public* (ICMP déc. 2012, p. 1).

22. Ord. n° 2017-563 du 19 avr. 2017, art. 3.

23. Ceci suppose, malgré tout, la maîtrise. La nécessité pour l'administration de passer par le titulaire du marché peut être source de complications et de délais supplémentaires, qui ont un coût sur le terrain de l'efficacité. Le cocontractant, en position de monopole pendant la durée du marché, est en outre tenté d'en abuser sur ces deux points, les administrations abordent : longueur des délais de commande d'ouvrages juridiques dans les tribunaux, prestations de restauration – réceptions, buffets – surfacturées dans les universités, etc.).

de rationalisation de l'action administrative (nécessité pour les personnes publiques de mener une réflexion sur la définition de leurs besoins²⁴).

A. L'affirmation du principe

121. La transparence est devenue un principe du droit de la commande publique, que concrétisent les procédures de mise en concurrence consacrées par le droit positif. Ce principe s'est fait jour sous des influences variées (règles de l'OMC, notamment), qui forment autant de strates.

122. Une première influence est celle du droit de l'Union européenne, primaire d'abord lancien « traité de Rome » ou « traité CE », devenu traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE – depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009²⁵. On sait, par exemple, que la Cour de justice a déduit du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (art. 12 TCE, devenu art. 18 TFUE) les principes de transparence, de publicité, d'égal accès au marché et d'impartialité des procédures d'adjudication (CJCE, 7 déc. 2000, *Teliaustria Verlags GmbH*²⁶). Au droit des traités s'ajoute celui des directives, lesquelles posent une obligation de publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics et les concessions. Pour résumer, cette obligation – dont les modalités sont variables (ouvertes, restreintes, négociées) – joue à l'échelle de l'Union au-dessus de certains seuils. Afin de tenir compte du contexte économique, ces seuils évoluent périodiquement²⁷, révisés par la Commission européenne tous les deux ans, ils sont actuellement définis par des règlements européens du 30 octobre 2019, qui les ont abaissés au 1^{er} janvier 2020 (d'environ 3,5 %). Le droit dérivé est désormais constitué par un bloc de trois directives du 26 février 2014²⁸ (directive sur la passation des marchés en secteurs classiques, fournitures et services ; directive sur la passation des marchés en secteurs de réseaux, soit l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux ; directive sur la passation des concessions). Toutes transposées²⁹, ces directives complètent les règles issues de la directive n° 2007/60 du 11 décembre 2007 (laquelle concerne les recours en matière de passation des contrats). Même si le paradigme concurrentiel est plus nuancé, depuis 2014, en raison de l'intégration d'objectifs diversifiés, le but commun de ces textes réside dans l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux, dont le déclassement est censé favoriser le développement économique des États membres de l'Union.

24. V., pour une application pratique, dossier « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins ? » (Contrats publics Hvr, 2014).

25. Préc. n° 30.

26. V., M. Duron : *Code des marchés publics : dans les coulisses de la valeur des seuils de procédures* (ICP 2012, n° 68).

27. V. n° 25. Il s'agit aussi du naquire des directives du 31 mars 2004 n° 2004/18 (directive régionale), pour les secteurs des travaux, fournitures et services) et n° 2004/17 (pour les secteurs particuliers de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux).

28. V. n° 26.

123. L'autre strate correspond au droit interne. Un premier volet est constitutionnel : selon le Conseil constitutionnel, la transparence dans le domaine des contrats publics constitue tout à la fois un objectif à valeur constitutionnelle [n° 92-316 DC, 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption*²⁹] et un principe du droit de la commande publique [n° 2003-473 DC, 26 juin 2003³⁰].

Le principe de transparence est aussi affirmé par la législation française, dans le sillage du droit de l'Union européenne, à partir du début des années 1990 (lois n° 91-3 du 3 janv. 1991, n° 92-125 du 6 févr. 1992, n° 93-122 du 29 janv. 1993, n° 95-101 du 2 févr. 1995, n° 95-127 du 8 févr. 1995). La codification du droit a fourni l'occasion d'une reformulation des principes de la commande publique : le principe d'égalité y précède, dans l'énonciation, les autres. Il reste que les principes de « transparence des procédures » et de « liberté d'accès » conservent leur portée générale (CCP, art. L. 31). La nuance rédactionnelle apportée ne limite pas les potentialités du triptyque classique ; elle conforte l'affirmation de la transparence.

Le Conseil d'État n'a pas fait de la transparence en tant que telle un principe général du droit³¹, mais il s'y réfère régulièrement (par ex. : CE, avis 29 juill. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de Pantin³²) et qualifie ainsi certains principes qui y sont liés (V., pour l'impartialité des procédures d'attribution de la commande publique : CE, 12 sept. 2018, Synd. mixte des ardures ménagères de la vallée de Chevreuse³³).

B. Les déclinaisons du principe

124. Elles se manifestent par des textes d'une grande technicité (un exemple de sophistification : le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 sur les concessions d'aménagement prévoit cinq procédures différentes³⁴). Ce qui suit concerne surtout les contrats de la commande publique : car c'est à leur égard que la problématique de la mise en concurrence est la plus pertinente ; ils sont conclus avec des opérateurs économiques agissant sur un marché concurrentiel (contrairement – par exemple – aux contrats de recrutement d'agents publics, qui ne donnent pas lieu à une mise en

29. Rec. p. 14 ; LPA 2 janv. 1993, p. 4, chron. Mathieu et Vauvatz ; RPD 1993, p. 932, note Poussin.

30. Proc. n° 19.

31. V., considérant qu'aucun principe général du droit n'impose l'appel à la concurrence lors de la passation d'un contrat administratif : CE, 12 oct. 1984, Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées (Rec. p. 326 ; RPD 1985, p. 13, concl. Davout).

32. Rec. p. 297 ; AIDA 2002, p. 755 et RDI 2002, p. 395, obs. Deneux ; RDI 2003, p. 70, obs. Deneux.

33. AIDA 2018, p. 2346, note Audebert et Huo ; BUCP 2018, p. 12, concl. Poussin ; CDP 2018, n° 341, note Uvaux-Bonnot ; CCPA 2018, 2316, note Lefèvre.

34. La passation des concessions-d'aménagement est en quelque sorte normalisée par le nerf, selon la répartition du risque économique, aux dispositions régissant les marchés publics ou les concessions ; mais elle conserve certaines particularités procédurales (V. C. urib., art. R. 309-11-2).

concurrence²⁷¹). Mais depuis 2017, les contrats d'occupation du domaine public ont aussi été pris dans le mouvement.

1. La passation des marchés publics

125. Historiquement, c'est « l'épicentre » à partir duquel s'est propagé le principe de mise en concurrence. Les modalités actuelles, qui témoignent du mouvement d'eurocéanisation du droit français, sont définies par le Code de la commande publique. En comparaison des précédents textes²⁷², cette codification marque un nouvel allègement des contraintes intéressant les marchés dont le montant demeure inférieur à certains seuils, mais elle en étend le champ d'application.

126. Le principe est celui d'une publicité et d'une mise en concurrence, obligatoires à partir de 40 000 euros HT [CCP, art. R. 2122-8]²⁷³, mais dont les modalités varient selon les montants et les procédures. D'après l'article L. 3 du Code de la commande publique, la passation de tous les marchés publics doit respecter la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures²⁷⁴. La question est de

- 25. Le principe du concours ne joue pas ; il n'existe même pas, sauf texte contraire, d'obligation de publier les postes contractuels vacants [CE, 29 mars 1991, Fraisse et al. ; RGDA 1992, p. 164, concl. de Moussoine]. Le paradoxe vest tenu qu'en la matière, la « mise en concurrence » soit réservée aux recrutements par voie univariante, en l'occurrence par concours.
- 26. C'est-à-dire le Code des marchés publics dans sa version issue du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 modifié par des textes ultérieurs, en dernier lieu le décret n° 2011-1000 du 26 août 2011 : V. ECP 2011, p. 298, comm. Tassan ; dossier CMP oct. 2011 ; ALCT oct. 2011, comm. Cailla. Y. aussi, pour les marchés publics de défense ou de sécurité : décr. n° 2011-1163, 14 sept. 2011 [B. Pautet] ; Décret « défense & sécurité » quel impact ? ; CMP 2012, Études 1 et 2). Pour une synthèse de l'ancien état du droit, C. Rieser, La passation des marchés publics [Le Moniteur, 2007]. D'oro, une mesure mesurée, parce que la philosophie du Code de la commande publique y était déjà présente, se pourra se reporter à l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015.
- 27. Après avoir été élevé à 4 000 euros, ce seuil a connu une tentative de relèvement à 20 000 euros (mais le décret procédant à cette réévaluation fut annulé, V. CE, 10 IV-2010, Perez ; ADR 2010, p. 561, note Devroe) ; ECP 2010, p. 189, concl. Boucaut ; DM 2010, n° 54, note Mailloux ; JCPA 2010, 2008, note Lecomte ; ALCP 2010, n° 475, p. 15, concl. Boucaut. Il a ensuite été fixé à 15 000 euros pour toutes les conventions, indépendamment des objets contractuels, puis remplacé par un seuil porté à 25 000 euros (décr. n° 2010-1163, 17 sept. 2010, art. 1^{er}). L'assouplissement des conditions de passation par l'augmentation progressive des seuils ne s'est pas arrêté là, puisque le gouvernement a relevé ce seuil minimum à 40 000 euros au 1^{er} janvier 2019 (décr. n° 2018-1344, du 12 déc. 2018) ; mécaniquement, cela dispense de très nombreux « petits contrats » de la commande publique de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence (V. F. Jousset, Relèvement des seuils : une boussole d'air pour les marchés publics ?, JCPA 2019, Act. 577 ; P. Villeneuve, Projet de décret modifiant le Code de la commande publique. Les mots pour le dire, JCPA 2019, Act. 588 ; P.-A. Zucconi, Seuil à 40 000 euros HT : des questions autour d'un projet de décret mal fondé, Contrat public n° 2019, p. 63 ; S. Houssier, Le complexe du seuil, DM 2019, Focus 143 ; J.-N. Piveteau et G. Dular, Le nouveau seuil de 40 000 euros dans les marchés publics, ADR 2020, p. 114).
- 28. Ceci vaut aussi pour les marchés sans publicité ni mise en concurrence et se traduit essentiellement par la satisfaction de trois exigences : la pertinence de l'offre, le bon usage des deniers publics et l'absence d'attribution systématique au même opérateur.

savoir comment ces principes sont mis en œuvre. Si le Code des marchés publics de 2006 avait simplifié les choses en faisant de l'appel d'offres la procédure « ordinaire », il consacrait déjà l'existence de nombreuses procédures particulières. Depuis 2015 (ord. « Marchés publics » du 23 juillet 2015), l'acheteur public dispose d'une plus grande liberté de choix, puisque les procédures formalisées ne sont plus hiérarchisées.

127. Ces procédures sont présentées par les articles L. 2120-1 et suivants du Code de la commande publique ; code qui y consacre ensuite des dispositions spécifiques (V. surtout les articles L. 2124-2 et suivants, pour la définition des procédures). Les règles s'appliquent aux marchés, mais aussi aux « accords-cadres »⁴⁷, lesquels constituent des techniques d'achat au même titre que le « concours » ou les « enchères électroniques »). Le mouvement général illustre une flexibilité accrue, de fortes doses de négociation ayant été instillées au sein du principe de mise en concurrence. Dans le même esprit, les textes autorisent expressément les acheteurs à recourir à la technique du sourcing ou du « sourçage » (selon la sensibilité de l'administration à la langue française)⁴⁸, qui permet une meilleure préparation de l'achat par un sondage des opérateurs économiques visant à connaître le marché et à mieux définir le besoin (CCP, art. R. 2111-1). Pour la passation des marchés publics, il convient de distinguer schématiquement trois principales situations et une série de procédures spéciales.

a) *Les procédures sans publicité ni mise en concurrence*

128. Dans un premier cas de figure, les acheteurs – pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices – peuvent recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (CCP, art. L. 2122-1). Cette faculté correspond à plusieurs situations particulières, dont la passation d'un contrat de faible valeur, appartenant de moindres contraintes. Le code dresse une liste non exhaustive d'hypothèses susceptibles de justifier une passation simplifiée (CCP, art. R. 2122-1 s.): soit en cas d'urgence et dans des circonstances imprévisibles qui ne permettent pas de respecter les délais ordinaires (dangers sanitaires, risque d'incendie, etc.) ; soit lorsqu'aucune candidature recevable ou offre appropriée n'a été proposée dans les délais ; soit enfin lorsque les travaux, services ou fournitures ne peuvent être réalisés ou livrées que par une seule entreprise (acquisition d'une œuvre d'art, motif technique, etc.). Échappant à la plupart des exigences procédurales, ces marchés sont néanmoins soumis à certaines conditions d'utilisation. Ainsi, l'urgence de la passation d'un contrat se conçoit seulement si son contenu est limité, matériellement et temporellement, à l'urgence des

en cas de pluralité d'offres sur le marché ICE, 17 mars 2017, Ordre des avocats de Paris : BUCP 2017, p. 216, concl. Hauquel.

39. D'après le Code de la commande publique (art. L. 2125-1), l'accord-cadre « permet de préselectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée ». V. n° 56.

48. Dossier « Le sourçage : pratiques et recommandations » (Contrats publics mars 2018).

besoins. Les acheteurs ne sauraient, en tout état de cause, user avec excès de ces procédures sans publicité ni mise en concurrence⁴¹.

b) Les procédures adaptées

129. Dans les marchés à procédure adaptée (dits « MAPA » : CCP, art. L. 2123-1 et art. R. 2123-1 s.⁴²), il y a publicité et mise en concurrence, mais – contrairement aux procédures dites formalisées – liberté du pouvoir adjudicateur quant à leurs modalités de mise en œuvre. D'une part, les acheteurs publics peuvent bénéficier de ces modalités libérales de passation pour un motif économique, soit en raison du montant total du marché, soit en considération du montant de certains lots. Dans la première hypothèse, la valeur globale du contrat prise en compte est inférieure aux seuils européens (CCP, art. R. 2124-1). Ceux-ci étant relativement élevés (par ex., 5 350 000 euros HT pour les marchés de travaux), les MAPA présentent une grande importance lors concernant, en pratique, la plupart des marchés. Dans la seconde hypothèse, bien que la valeur d'un contrat franchisse les seuils européens, un ou plusieurs de ses lots sont susceptibles – vu leur valeur modeste – d'être conclus en procédure adaptée (par ex., pour les travaux, sont visés des lots d'un montant inférieur à 1 million d'euros et dont la somme doit être inférieure à 20 % de la valeur du marché). D'autre part, l'évaluation des montants est parfois indifférente, seul comptant alors l'objet du contrat. Ainsi, quelle qu'en soit la valeur estimée, les marchés de services sociaux et de services spécifiques (par ex., ceux des tribunaux ou des prisons) peuvent être passés selon une procédure adaptée. Les textes ménagent donc de nombreuses voies de recours aux MAPA.

Très appréciées pour leur souplesse, les procédures adaptées laissent en principe des marges de manœuvre relatives au fond, à la procédure et à la liberté de négociation (dans la limite, notamment, des critères de sélection définis⁴³). Ces éléments de latitude peuvent néanmoins déconcerter certains acheteurs, souvent tentés de s'inspirer des procédures formalisées, en particulier lorsque l'évaluation du montant de leurs besoins est proche des seuils imposant une procédure de ce type (au reste, le MAPA a eu tendance à se rigidifier, certains auteurs parlant même de « procédure semi-formalisée »⁴⁴). Parmi ses conditions de passation, le marché à procédure adaptée est, d'abord, soumis au principe d'allotissement (CCP, art. L. 2113-10). Les contrats sont passés en lots séparés, mais l'application du seuil est déterminée par la prise en compte de la valeur cumulée de tous les lots : soit à l'échelle du marché, et non de chaque lot. Existe ensuite un seuil

41. V. par ex., sur l'absence d'urgence impérieuse résultant de la résiliation d'un contrat avec effet différé, CE, 24 mai 2017, Sri Régal des îles (proc. n° 102).

42. Dossier « Les marchés à procédure adaptée » (Contrats publics mars 2017).

43. Ainsi, l'acheteur peut se résigner la possibilité de négocier avec certains candidats (CE, 18 sept. 2015, Sri Axessa : CEP 2015, n° 260, note Ouellet ; JCPA 2016, 2047, note Ouellet).

44. M. Auzier : La nouvelle procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe-l'œil (JCPA 2017, Etude 5).

intermédiaire – fixé à 90 000 euros HT (CCP, art. R. 2131-12) – qui influe sur les seules modalités de publicité et non sur la procédure. Lorsque la valeur du besoin atteint ce seuil, une publication officielle devient nécessaire.

c) Les procédures formalisées

130. Dans un troisième cas de figure, si la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens, le marché public est passé selon une des procédures formalisées, qui sont au nombre de trois. Depuis le 1^{er} janvier 2020 (et jusqu'au 31 décembre 2021)⁴⁵, les procédures formalisées sont déclenchées par les seuils suivants (HT) : en matière de fournitures et de services, 139 000 euros pour l'État et ses établissements publics, 214 000 euros pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; en matière de travaux, 5 350 000 euros pour tous les acheteurs. Telle qu'elle est présentée, cette échelle comporte un certain nombre d'ambiguités, dont le sort réservé aux établissements publics de santé (lesquels devraient respecter les seuils des établissements nationaux ou celui des administrations de la défense [qui apparaissent généralement soumises au seuil de 214 000 euros, mais bénéficient d'un traitement particulier – avec un seuil rehaussé à 428 000 euros – pour les marchés de fournitures et de services, de défense ou de sécurité⁴⁶].

Ces seuils de procédure ne doivent pas être confondus avec les seuils de publicité, qui peuvent ou non les recouper et remettent à l'idée que, plus le montant du marché est élevé, plus la publicité doit être large (par ex., en matière de travaux, il existe une obligation de publicité au Journal officiel de l'Union européenne à partir de 5 350 000 euros).

131. L'appel d'offres. La technique de l'adjudication a longtemps représenté la procédure de droit commun. Elle fut la première d'un point de vue historique et consistait en ceci, que le candidat le « moins-disant » (c'est-à-dire, le moins cher) était retenu. Le Code des marchés publics de 2006 l'avait supprimée, tirant les conséquences de critiques récurrentes (rigidité, lourdeur, inefficacité en cas d'entente préalable entre candidats, etc.). Depuis lors, la tendance a consisté à diversifier les procédures et à les assouplir. L'appel d'offres, qui existait déjà auparavant, est devenu une procédure de référence, l'élément déterminant étant plus le « rapport qualité/prix » que le seul prix (et le « mieux-disant » remplaçant le « moins-disant »). Cet optimum est apprécié en fonction de critères multiples (prix, mais également garanties techniques, délais d'exécution...), à travers

45. V., Commission européenne, Règlement délégué (UE) n° 2017-2345 du 18 déc. 2017.

46. Traitements impliquant une stricte application des textes par le juge. V., au sujet de l'exigence d'équipements conçus ou adaptés à des fins spécifiquement militaires, CE, 18 déc. 2019, Min. de la transition écologique et solidaire c/Ser Guérard (n° 431696).

lesquels les acheteurs publics peuvent influencer les pratiques des entreprises (critères sociaux⁴⁷, environnementaux⁴⁸, etc.).

132. L'appel d'offres est – d'après le Code de la commande publique (art. L. 2124-2) – une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats dans son avis de marché. Les appels d'offres, obligatoirement dématérialisés depuis le 1^{er} octobre 2018⁴⁹ (annonces en ligne au Bulletin officiel des annonces de marchés publics), sont – selon les cas – ouverts (tout opérateur peut se porter candidat) ou restreints (auquel cas, un premier tri est effectué), le choix entre les deux étant libre (CCP, art. R. 2124-2). L'acheteur a aussi la possibilité de procéder à une analyse inversée, débutant par les offres et finissant par la vérification des candidatures⁵⁰. Dans les collectivités locales, une commission d'appel d'offres issue de l'assemblée délibérante procède au choix entre les candidats. Quand aucune entreprise ne se présente ou ne présente d'offre jugée satisfaisante (parce que l'offre est irrégulière⁵¹, inappropriée ou inacceptable⁵²), l'appel d'offres est déclaré infructueux.

133. La procédure avec négociation (CCP, art. L. 2124-3). Le pouvoir adjudicateur choisit le titulaire du marché après avoir négocié les conditions du contrat avec un ou plusieurs opérateurs⁵³. Pour permettre une réelle

47. Dossier « Clauses sociales : un levier pour l'insertion » (Contrats publics juin 2012).

48. Dossiers « Les contrats publics face aux enjeux du changement climatique » (Contrats publics mai 2013) ; « Les contrats publics face aux défis énergétiques » (Contrats publics déc. 2015) ; « Le commandé public éco-responsable – Contrat public juil.-sept. 2018» ; B. Moissac : « Marchés publics : comment acheter bio ? » (ICPA 2012, 2385) ; F. Blanck : « De l'intégration du développement durable dans les contrats de commande publique (ICMP 2011, Étude 11) ; N. Boucau : « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives (IFDPA 2014, p. 617) ; L. Roize : « La concurrence concurrence : à propos de la directive 2014/24 du 28 février 2014 (ICMP 2015, Étude 2) ; P. Iroux : « Les considérations sociales et environnementales (IFDPA 2014, p. 260) ; H. Hagmann : « La commande publique de compensation environnementale : un impératif de la loi Biodiversité (ICMP 2017, Étude 13).

49. V. plus généralement, dossier « Dématérialisation : un bilan en demi-teinte » (Contrats publics avr. 2012) ; circ. 11 avr. 2013 relative à la dématérialisation de l'achat public.

50. V., pour des applications pratiques, dossier « Analyser les candidatures et les offres » (Contrats publics févr. 2017).

51. Sur l'appréciation jurisprudentielle, L. Roize : « L'offre irrégulière et la jurisprudence depuis la réforme de la commande publique (Contrats publics oct. 2017, p. 52). L'exercice est sujet, car le pouvoir adjudicateur peut distinguer dans le règlement de la consultation les pièces obligatoires lors l'absence desquelles l'offre est automatiquement irrégulière et les informations complémentaires, qui aident à l'évaluation sans condamner la régularité de l'offre (CE, 20 sept. 2018, Collectivité territoriale de Corse ; ICMP 2019, n° 369, note Utuio-Boussaud).

52. Est inacceptable, par exemple, une offre qui méconnaît la législation relative au prix de l'eau (CE, 28 sept. 2018, Dpt de la Loire ; ICMP 2018, n° 278, note Utuio-Boussaud ; JCPA 2018, 2301, concl. Hervé).

53. Du point de vue procédural, la limitation du nombre de candidats admis à négocier conduit à vérifier l'absence d'interdiction de soumissionner au moment du choix de l'attributaire (CE, 29 janv. 2019, Sri Dauphin Wilson ; AIDA 2019, p. 889, note Acosta et Ha.)

négociation, découpée par phases en principe, les documents de la consultation indiquent seulement les exigences minimales requises. Mais tous les marchés ne se prêtent pas à une telle procédure [V. les cas énumérés par l'art. R. 2124-3 du CCP] et tout n'y est pas négociable. D'une part, les critères d'attribution ne sauraient être discutés. D'autre part, l'offre finale ne fait l'objet d'aucune négociation : cette précaution évite les manœuvres de dernière minute, préserve la concurrence et permet un examen objectif et distancié par l'acheteur.

134. Le dialogue compétitif (CCP, art. L. 2124-4). Si l'organisme public n'est pas en mesure d'établir les moyens techniques permettant de répondre à son besoin ou encore le montage juridique ou financier ajusté à son projet, il peut avoir recours à une procédure dite de dialogue compétitif (par ex., pour les marchés complexes comme le partenariat⁵¹). Dans ce cas, il définit son besoin dans l'avis de marché ou dans un projet partiel, ce qui va lui permettre de sélectionner un certain nombre de candidats. Il ouvre ensuite un dialogue avec ces candidats pour développer une ou plusieurs solutions. C'est sur cette base que les participants remettent une offre. Il s'agit d'ouvrir un éventail de propositions le plus large possible (alors qu'une définition *a priori* trop précise des besoins restreindrait, au contraire, la palette des réponses). À cet égard, tous les aspects du marché peuvent faire l'objet d'une discussion avec les participants (CCP, art. R. 2161-26). La proximité entre le dialogue compétitif et la procédure négociée est ainsi évidente ; elle se traduit par des périmètres d'application identiques (l'art. R. 2124-5 du CCP renvoyant à l'art. R. 2124-3). Mais tandis que la seconde est limitée à la discussion des offres, le premier remonte en amont du processus de négociation.

d) Les autres procédures et techniques d'achat

135. C'est en quelque sorte, après le « prêt-à-porter », le « sur-mesure ». Il existe de nombreuses procédures particulières, dont certaines sont qualifiées de simples « techniques d'achat » (CCP, art. L. 2125-1), qui sont succinctement les suivantes.

136. La procédure de conception-réalisation (CCP, art. L. 2171-2). En matière de travaux, les fonctions de conception (études préalables) et de réalisation (construction) ne doivent normalement pas être confiées aux mêmes entreprises. À titre exceptionnel, ces fonctions peuvent être jointes (pour des motifs d'ordre technique : spécificité de l'ouvrage, procédés de construction, efficacité énergétique...). Dans ce cas, une procédure

⁵¹JCP 2019, p. 186, *concl. Poussin*; CCP 2019, n° 111, note Octeville; JCPA 2019, 2123, note Lacoste).

⁵²V. s'agissant de la rénovation et de la gestion d'un réseau d'éclairage public, CE, 3 juill. 2013, *Sel Orléans et Cie de Sète* (JCP 2013, p. 623, *concl. Poussin*; CCP 2013, n° 264, note Expert).

⁵³V., modifiant l'ancien Code des marchés publics, décr. n° 2011-1800, 25 août 2011 (JCP 2011, p. 298, *comm. Tanguy*; RLCT oct. 2011, *comm. Gauj*).

particulière est prévue [CCP, art. R. 2071-4 s.]. Les offres sont évaluées par un jury (qui comprend des « hommes [ou des femmes] de l'art »), lequel rend un avis au vu duquel la commission d'appel d'offres se prononce.

137. Le partenariat d'innovation [CCP, art. L. 2172-3 et art. R. 2172-20 s.]
Inspirée des directives européennes de 2014, cette procédure a été introduite par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014. Moins qu'une nouvelle catégorie de marchés publics, les partenariats d'innovation constituent des procédures spécifiques de passation qui visent à favoriser l'élosion de contrats portant une solution innovante (ce qui est un pari nécessaire pour l'action publique, mais aussi un vaste défilé). Les partenariats d'innovation permettent de soutenir des concepts (ou de simples méthodes) nouveaux. Ils permettent surtout un phasage du projet : en effet, les prestations de recherche, de développement et d'acquisition font l'objet de relations contractuelles distinctes et rémunérées, à la fin desquelles il est possible – en simplifiant – de poursuivre le partenariat ou d'y mettre un terme. Le succès du procédé reste pour l'heure limité, la complexité semblant l'emporter sur les avantages⁵⁴.

138. La procédure du concours, ouvert ou restreint [CCP, art. R. 2162-15]. Il s'agit d'une méthode de présélection d'opérateurs économiques qui fait également appel à un jury, dans des secteurs particuliers, notamment pour le choix des projets architecturaux. Le Code de la commande publique classe désormais le concours parmi les « techniques d'achat ». C'est une forme de déclassement par rapport à l'état du droit antérieur, car il ne constitue plus une procédure à part entière et doit maintenant respecter les règles générales de passation.

139. Le système d'acquisition dynamique [CCP, art. R. 2162-37 s.]. C'est une autre « technique d'achat », entièrement électronique, pour les fournitures courantes. Elle permet au pouvoir adjudicateur de se faire présenter des offres indicatives et de dresser une liste d'entreprises ayant proposé des offres intéressantes avant la phase de commande proprement dite (au terme de laquelle sera retenue l'offre économiquement la plus avantageuse).

140. Les enchères électroniques [CCP, art. R. 2162-57 s.]. Il s'agit d'une troisième « technique d'achat », dont l'objet consiste à sélectionner par voie électronique des offres pour un marché de fournitures. Son originalité tient dans la possibilité dont les candidats disposent de réviser leurs prix à la baisse pour décider l'acheteur, ou de modifier d'autres éléments quantifiables en fonction des critères définis dans les documents de la consultation. Afin d'éviter tout retour à une logique d'adjudication (dans un environnement numérique), les modalités des enchères peuvent être édulcorées

54. V., dossier « Le partenariat d'innovation : un outil prometteur ? » [Contrats publics Inv. 2018]. Plus largement, G.-M. Racca, C.-R. Yousso (dir.) : *Public contracting and innovation* (Brayart, 2019) ; *Guide pratique achat public innover* (DAJ Min. Eco/DECP, 2019).

par l'organisation d'un phasage et l'utilisation d'une diversité de critères synthétisés dans une formule de calcul. Vu son caractère automatique, cette technique d'achat suppose une vigilance particulière quant à l'information des candidats et au respect de règles déontologiques.

141. Les procédures d'urgence. En dehors des procédures sans publicité ni mise en concurrence évoquées plus haut, plusieurs articles du Code de la commande publique prévoient que les situations d'urgence – selon les cas, simple ou imprévisible – peuvent justifier un raccourcissement des délais de procédure habituels (par ex. : CCP, art. R. 2161-12, pour le délai minimal de réception des candidatures en procédure négociée).

142. Il existe donc, on le voit, un véritable « patchwork » procédural, qui manifeste une souplesse accrue par rapport à l'état du droit antérieur à l'ancien Code des marchés publics de 2006 [fin de l'adjudication, développement des procédures adaptées, place importante de la négociation, recours facilité aux marchés sans publicité ni mise en concurrence, dématérialisation, etc.]. Le droit des marchés publics a perdu sa rigidité d'autan et cette entreprise d'assouplissement – que poursuit le Code de la commande publique – mérite d'être rapprochée d'autres évolutions (comme la dépénalisation du droit des affaires⁵⁷), qui ont contribué à diminuer la pression contentieuse sur les « décideurs ».

2. La passation des concessions

143. Avant 2016, un régime à deux vitesses existait, qui témoignait de l'extension du principe de mise en concurrence au-delà du seul droit des marchés publics, mais n'avait pas remis en cause pour autant le principe de *l'intulüs personae*. Les règles applicables aux délégations de service public découlaient de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « Sapin 1 », qui avait marqué une rupture avec le droit antérieur en systématisant le principe d'une mise en concurrence dans une matière où il n'existant pas jusque-là⁵⁸. Les dispositions concernant les concessions de travaux étaient issues, au terme d'une évolution plus récente, de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009. Il en était résulté un rapprochement relatif par rapport au droit des marchés publics et l'on pouvait rétrospectivement y voir une première pierre dans l'édification du « droit de la commande publique ». Le régime le plus contraignant concernait les collectivités locales ; encore codifié aux articles L. 1411-1 et R. 1411-1 s. du CGCT, il reste fondamental tant par le nombre des délégations de service public (modalité des concessions) en cause que par les développements contentieux qu'il continue de susciter.

57. Sur ce point, S. Buaconico, « Dépénaliser le droit des marchés publics et concessions ? » [Contrats publics mai 2018], p. 31. Pour une vue sociologique plus large, dans la lignée des travaux de Michel Foucault, P. Lascoures, C. Nasau : *Sociologie des élites délinquantes. De la corruption en gal blanc à la corruption politique* (Armand Colin, 2014).

58. V., pour une application du droit antérieur, L. Kurn, A. Seznec : *Délégation de service public. Pratique de la passation* (IEFE, 2010).

144. Le dispositif actuel – qui concerne toutes les concessions : de service, public ou non ; et de travaux – est issu de la directive « Concessions » du 26 février 2014, telle que transposée par l’ordonnance « Concessions » du 29 janvier 2016 (qui y consacrait son Titre II, dorénavant repris dans la troisième partie du Code de la commande publique⁵⁸). Cette transposition a, tout à la fois, revalorisé la concession parmi les contrats de l’administration et marqué un net rapprochement procédural avec les marchés publics (règles de délais, d’examen des candidatures...) ; si bien qu’en matière de passation, dans l’horizon des concessions se dessinent les marchés publics. Le système est relativement complexe : la procédure est proche de celle applicable aux MAPA, mais elle ne remet pas fondamentalement en question le régime auparavant applicable aux délégations de service public (dont la version post 2016 figure toujours aux articles L. 1411-4 s. du CGCT : compétence de l’assemblée délibérante pour le recours à la délégation de service public⁵⁹, le choix de l’entreprise, l’approbation des avenants ; ouverture des plis par une commission ad hoc...).

a) La préparation

145. L’autorité concédante doit procéder à la définition de ses besoins, détailler aussi les spécifications techniques et fonctionnelles du contrat (avec des documents de référence, à l’instar des marchés publics : CCP, art. L. 3111-2). Cette exigence essentielle doit être assortie avec une précision suffisante pour l’estimation des investissements par les opérateurs et la conception des futures offres⁶⁰. Par ailleurs, une cohérence minimale est nécessaire dans la détermination des services concédés : tant au regard d’impératifs de bonne gestion que des risques de manœuvres irrégulières, une autorité concédante ne peut définir un périmètre manifestement excessif ou réunir des services dépourvus de lien [CE, 27 sept. 2016, Ch. urbaine du Grand Dijon⁶¹].

S’ouvre ensuite la phase de passation. Avant toute mise en concurrence effective, l’autorité concédante doit vérifier que les candidatures ne sont pas frappées d’un motif d’exclusion, de plein droit ou à son appréciation (cf. situation de violation du droit de la concurrence, manquements graves lors de l’exécution de précédents contrats, condamnation pour certaines infractions pénales, etc. : CCP, art. L. 3120-1 s.l.). Elle doit également s’assurer des

58. Dispositions elles-mêmes précisées par un décret n° 2016-66 du 1^{er} février 2016 et un arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d’avis pour la passation des contrats de concession.

59. Cette délibération sur le principe du recours à la concession ne doit pas être confondue avec l’engagement de la consultation, qui ouvre formellement la procédure de passation [CE, 26 mai 2017, SAMU de la station d’épuration de Luxembourg ; EU/CP 2017, p. 270, concl. Pellaumau ; CMP 2017, n° 170, note Ecom ; JCPA 2017, 2161, note Vuil].

60. CE, 15 nov. 2017, Cas de Havre [AJDA 2017, p. 359, note Doucet] ; EU/CP 2018, p. 112, concl. Hervieu ; CMP 2018, n° 13, note Usain-Bosqued].

61. EU/CP 2016, p. 664, concl. Pellaumau ; CMP 2016, n° 241, note Ecom ; DA 2016, n° 64, note Votum ; JCPA 2016, 2332, note Martin.

capacités techniques et professionnelles des candidats afin d'évaluer leur aptitude à assumer l'exécution de la concession. Et en l'absence d'une concurrence satisfaisante, l'organisme public peut renoncer à conclure le contrat envisagé⁶³.

b) La publicité

146. Il existe un système à double vitesse, selon que la valeur prévisionnelle du contrat est supérieure ou non au seuil européen de 5 350 000 euros HT. En dessous s'applique une procédure simplifiée, qui est aussi de mise – quel que soit leur montant – pour les contrats à conclure en matière d'eau potable, de transport de voyageurs ou encore de services sociaux ou spécifiques (un certain libéralisme est ainsi promu pour l'organisation de la publicité. V., à cet égard, l'art. L. 3121-1 du CCP). Au-dessus du seuil, l'obligation de publicité est renforcée, l'avis de concession devant obligatoirement être publié, non seulement au *Boletin officiel des annonces de marchés publics*, mais aussi au *Journal officiel de l'Union européenne* et dans une publication spécialisée du secteur économique concerné (alors que c'est facultatif sous le seuil).

c) La mise en concurrence

147. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite « loi Sapin 1 ») avait autrefois marqué le passage d'une liberté totale à une liberté encadrée, dont le but consistait à permettre l'expression de la concurrence. La procédure était assez lourde, de sorte que l'opposition classique entre un droit des marchés rigide et un droit des concessions souple n'était déjà plus vraie à l'époque⁶⁴ (d'autant que le droit des marchés s'était pour sa part – on le sait – passablement assoupli). Ce mouvement devait se renforcer compte tenu de la place laissée à la négociation, à laquelle l'autorité concédante recourrait auparavant de manière automatique⁶⁵. Encore que négocier les termes d'une concession demeure une pratique usuelle, il s'agit à présent d'une simple faculté en droit (CCP, art. L. 3121-1). Pareille évolution ne pousse pas au libéralisme et participe d'un mouvement de « raidissement » de la passation des contrats. Même en procédure formalisée (i.e. la plus lourde), une négociation avec les candidats est possible, mais s'avère plus encadrée qu'avant 2016 : en toute hypothèse, elle ne saurait viser l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions minimales portées à la connaissance des candidats (CCP, art. L. 3124-1).

63. Cf. 17 sept. 2018, *Sel Le Pagan* (BUCP 2019, p. 60, cond. Prusseur) ; CMP 2018, n° 253, note Boum ; JCPA 2018, 2019, note Marot.

64. Ainsi les personnes publiques déléguantes doivent-elles, comme en matière de marchés publics et au nom des principes généraux de la commande publique, apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres respectives, une information sur les critères de sélection des offres (CE, 23 déc. 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* ; BUCP 2009, p. 103, cond. Gouxon) ; CMP 2009, n° 83, note Ruzel.

65. V. a.s., L. Ronch : *La négociation de la concession* (Contrats publics déc. 2018, p. 46).

L'*intellus personae*, s'il n'est pas remis en cause dans son principe, se trouve encadré. Le Code de la commande publique insiste sur le fait que la liberté de choix entre les candidats n'est pas illimitée et les critères de sélection sont précisés (nécessité de critères multiples, hiérarchisés au-dessus du seuil européen). Il impose le choix de « la meilleure offre au regard de l'avantage économique global » (CCP, L. 3124-5) ; ce qui laisse une marge d'appréciation au concédant, le cas échéant sous le contrôle du juge administratif.

3. La passation des contrats d'occupation du domaine public

148. Si le droit de la concurrence s'applique aux actes de gestion – notamment, aux contrats d'occupation – du domaine public (CE, 26 mars 1999, Sté EDM⁶⁶), il n'implique pas *ipso facto* une mise en concurrence de ces conventions⁶⁷. De fait, leur situation a longtemps représenté une poche d'opacité au sein d'un univers contractuel de plus en plus irrigué par les exigences de la transparence (sous quelques rares réserves : application volontaire de règles procédurales *l'adage dicit Patere legem*); textes particuliers, pour les autorisations d'utilisation du domaine public hertzien ou certains titres attribués de droit réel). Car, contrairement à ce qu'il en est pour les contrats de commande publique, il n'existaient traditionnellement pas d'obligation de publicité et de mise en concurrence à l'égard des contrats d'occupation du domaine public considérés dans leur ensemble. C'était un angle mort que la plupart des auteurs regardaient (*laevus risusq; comme une anomalie*⁶⁸). En 2006, le Code général de la propriété des personnes publiques avait laissé perdurer cette situation, au nom d'arguments peu convaincants ; l'on avait voulu, en réalité, maintenir la plus grande latitude à l'administration dans la gestion de ses biens, comme si c'était un bailleur privé choisissant librement ses locataires (alors que le parallélisme ne tient pas).

149. Des juridictions administratives du fond avaient tenté d'appliquer un minimum de transparence, en s'appuyant sur les règles fondamentales du traité de Rome (devenu, on le sait, TFUE) pour imposer le principe d'une

66. Rec. p. 96 ; AJD 1999, p. 427, concl. Sté Bartsch ; CJEU 1999, p. 264, concl. : G. 2000, p. 204, note Masson ; RDP 1999, note Masson ; RFD 1999, p. 977, note Proust.

67. L'application du droit de la concurrence implique que si l'administration n'occupe pas doivent se trouver, sur le domaine public, dans une situation tombant sous le coup des articles L. 420-1 s. du Code de commerce, relatifs aux pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante, pour l'essentiel). Ce cas de figure ne correspond qu'à des hypothèses assez rares, le marché pertinent étant souvent apprécié à l'échelon national.

68. Par ex., S. Comteau : *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales* (L'Harmattan, 2014) ; C. Vauron-Schweier : *L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale* (ICMP 2012, Etude II) ; G. Coquer : « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique » in *Contrats et propriété publique*, dir. G. Comteau, LexisNexis, 2011, p. 521 ; S. Nicotis : « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? » (Méf. Fatima, Dallas, 2011, p. 173).

publicité et d'une mise en concurrence⁷⁰. Mais le Conseil d'État avait fait prévaloir l'orthodoxie et mis fin à la fronde [CE, 3 déc. 2010, Assoc. Paris Jean Bouin⁷¹]. Ce dernier arrêt donna lieu à des commentaires presque unanimement critiques, pour de fortes raisons [faits qu'une telle solution était passiste et problématique au regard du droit de l'Union⁷², qu'elle s'expliquait sans doute par les particularités de l'espèce, etc.]. Le socle sur lequel reposait l'arrêt *Jean Bouin* – en l'occurrence, la distinction entre commande et offre publiques [la transparence étant cantonnée à la première] – était lui-même discutable. Car la jurisprudence européenne n'y renvoie pas expressément [la question étant, au regard du droit de l'Union, celle du risque de perturbation du marché]. Prétendre que l'administration fait de l'affire, et non de la commande, en « louant » son domaine public, méconnaît la réalité [ce sont souvent les commerçants qui sollicitent des titres d'occupation]. Que la protection de l'affectation domaniale justifie la mise à l'écart de la concurrence, pluît que la mise en concurrence, était également critiquable [il suffit d'imposer à l'occupant des obligations précises pour que les exigences de l'affectation soient respectées].

150. Intenable, cette solution n'a pas résisté à l'évolution du droit de l'Union, qu'il s'agisse des directives [certains contrats domaniaux entrent dans le champ d'application de la directive « Concessions » du 26 février 2014. Ainsi, les conventions d'exploitation de terminaux portuaires ont pu être qualifiées de concessions de service : CE, 14 févr. 2012, *Sid de manutention portuaire d'Aquitaine*⁷³] ou de la jurisprudence européenne [CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl Mario Melis*⁷⁴]. L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, prise sur le fondement de la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 [art. 34], a dû tirer les conséquences de ce dernier arrêt et vider l'abcès [art. 2 s. – V, CGPPP, art. L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4⁷⁵]. Le principe est aujourd'hui que lorsqu'un titre [notamment, contractuel] « permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les

70. V. *enr.*, TA Nîmes, 24 janv. 2008, 5eI des mises tarifaires G. Eisenreich [AUDM 2008, p. 2172, note Desnois]; Contrats publics 2008, n° 83, p. 71, note Grata et Avard; DA 2008, n° 6, note Barraud; ALC 2008, n° 1143, note Clauzel].

71. AUDM 2011, p. 21, *chres. Quoix*; BJCP 2011, p. 38, *concl. Escour*; CIMP 2011, n° 25, note Escour; DA 2011, n° 13, note Blaauw et Meijer; JCPA 2011, 2543, note Druin; RDI 2011, p. 142, note Baconnier et Nozalouan.

72. La directive « Services » n° 2006/123 du 12 déc. 2006 imposait déjà une procédure de mise en concurrence « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables » [art. 12].

73. Sur cette jurisprudence et l'évolution postérieure, V. n° 95.

74. 60048, n° 54. Cette jurisprudence prévoit le respect des règles de publicité et de mise en concurrence pour les autorisations d'occupation du domaine public, lorsqu'elles servent une activité économique présentant un intérêt transfrontalier.

75. Pour une vue d'ensemble, P. Huyghe, « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics [J.-C. Propriétés publiques, Fasc. 77-81].

garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester».

151. Il s'agit donc d'une obligation limitée, la procédure elle-même n'étant pas encadrée (comme pour les «MAPA», en droit des marchés publics). La passation des conventions d'occupation du domaine public offre une importante faculté de négociation, notamment de la redevance domaniale⁷⁵ ou encore de la durée du contrat les prenant en considération l'amortissement des investissements, une part de rémunération équitable et les impératifs concurrentiels⁷⁶. En outre, «Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution» (CGPPP, art. L. 2122-1-1 al. 2). L'obligation est ainsi allégée dans ces hypothèses : elle se réduit à une publicité préalable. Une série de cas de dispense, qui conduit vers les limites du principe de transparence IV, ci-dessous, est également prévue : dans les situations se rapprochant du *in house*⁷⁷, quand les caractéristiques du bien le justifient, en considération de l'objet de l'occupation⁷⁸, etc.

152. En résumé, l'ordonnance du 19 avril 2017 a cherché à rendre notre droit «euro-compatible», mais elle l'a fait en laissant aux gestionnaires domaniaux une marge de manœuvre importante. Le flou des termes utilisés, notamment pour déterminer le champ de l'obligation allégée et de certaines des exceptions (cf. courte durée, caractéristiques du bien, etc.), ne manquera pas de susciter à l'avenir doctrine et jurisprudence administratives⁷⁹.

III. Les limites du principe de transparence

153. Si les obligations de publicité et de mise en concurrence constituent le principe, elles sont interprétées d'une façon de plus en plus souple par la

75. V. par ex., affirmant le principe de libre négociation, tout en rappelant la compétence du gestionnaire pour déterminer le montant de la redevance, DE, 17 sept. 2018. See Le Pugnac (préc. n° 145).

76. V. à ce propos, C. Mauzou, P. Tissane : Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP ! (AJDA 2017, p. 168).

77. V. n° 157 a.

78. Ainsi, ces obligations ne s'appliquent pas en ce qui concerne les occupations destinées à l'installation et à l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au public (CGPPP, art. L. 2122-1-3-1).

79. V. en l'état, sur la courte durée (pour les prélections foraines et circausiennes), l'instruction interministérielle du 22 juil. 2017.

jurisprudence⁸⁰. En tout état de cause, elles ne présentent pas un caractère systématique : le principe de transparence est littéralement criblé d'exceptions et certains contrats ne figurent pas dans le périmètre des textes prévoyant une obligation de mise en concurrence⁸¹.

A. Les exclusions textuelles : vue d'ensemble

154. Tous les textes régissant la passation des contrats administratifs prévoient des exceptions aux obligations de mise en concurrence ; obligations jugées dans certains cas inutiles, impossibles ou inopportunes [CCP, art. L. 2122-1]. C'était déjà le cas avant la réforme du droit de la commande publique intervenue en 2015/2016, sur le fondement de la loi dite « Sapin 1 » du 29 janvier 1993 et de l'ancien Code des marchés publics⁸². Ça l'est dorénavant sur le fondement des directives de 2014 et du Code de la commande publique.

155. Dans ses grandes lignes, la liste des contrats exclus est la même, qu'il s'agisse du droit des marchés ou du droit des concessions. Sont notamment visés – outre les contrats *in house*⁸³ –, ceux conclus avec un autre pouvoir adjudicateur bénéficiant d'un droit exclusif compatible avec le droit de l'Union, les contrats ayant pour objet l'acquisition ou la location de biens immobiliers, l'achat d'œuvres d'art, les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement, de radiodiffusion ou à des réseaux et services de communications électroniques, ceux relatifs aux services financiers ou à certains services juridiques [cf. fonctions d'officiers ministériels des notaires, recours à la conciliation ou à l'arbitrage⁸⁴], ou encore ceux exigeant le secret ou touchant la protection des intérêts essentiels de l'État. Les directives « Concessions » et « Marchés » du 26 février 2014 prévoient ces exceptions [dir. n° 2014/23/UE, art. 10 s. ; dir. n° 2014/24/UE, art. 7 s.], reprises en droit interne par les articles L. 2512-1 et s. (pour les marchés) et L. 3212-1 et s. (pour les concessions) du Code de la commande publique.

156. Aux exceptions européennes s'ajoutent des subtilités liées aux marges de manœuvre laissées aux États-membres, comme en témoigne le

80. F. Luxembourg, P. Souffriau : Que sont les obligations de publicité et de mise en concurrence dévenues ? [CMP 2011, Repère 7].

81. V., autres cas qui sont les contrats d'objectifs et de moyens visés par l'article L. 1426-1 du CGCT pour l'exploitation des services de télévision locaux [CPA 2011, 2278, étude Marmontel].

82. V., à propos de l'achat de places pour assister à des matchs de football : CE, 28 juillet 2012, *OFC du Rhône* [AJCE 2013, p. 380, note Ringe] ; AFD 2013, p. 1134, note Marmontel ; CMP 2013, n° 65, note Deuveux ; DAF 2013, n° 28, note Blanquet.

83. V. n° 157 s.

84. S'agissant de la conciliation et de l'arbitrage, la jurisprudence européenne a confirmé les particularités de certains services juridiques (notamment la désignation par les parties à un litige), qui justifient une exclusion totale du champ d'application des directives. Y. CJUE, 6 juin 2019, P. M. et autres c/ Ministère de l'Intérieur [CMP 2019, n° 254, note Zonneveld ; CPA 2019, 2341, note Deuveux].

traitement des services juridiques rendus par les avocats. Certains sont susceptibles d'être exclus en considération d'un mode de désignation (par ex., par l'autorité judiciaire) ou de leur objet ; d'autres bénéficient d'une procédure très libérale sans être exclus (*v. not.*, les services de représentation ou de consultation liés à une procédure contentieuse : CCP, art. R. 2123-8). Même après un effort de rationalisation, persiste encore largement le sentiment d'avoir affaire à un véritable inventaire à la Prévert. En ce qui concerne les collectivités locales, des exceptions étaient codifiées à l'article L. 1411-12 du CGCT⁶⁵. Ces dispositions ayant été abrogées l'ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016, art. 77), les délégations de service public suivent, elles aussi, les hypothèses d'exclusion énumérées par le Code de la commande publique.

B. Une illustration : l'exception « domestique »

157. Cette exception est désignée en doctrine par des formules variées, mais synonymes [*contrats in house*, de prestations intégrées ; *quasi régime*⁶⁶, qui constitue la terminologie française officielle ; relations inter-organiques, etc.⁶⁷]. Elle mérite un traitement autonome, en raison de son importance pratique et de la jurisprudence qu'elle suscite.

158. Une telle exception trouve sa source dans le droit de l'Union européenne : elle n'était pas prévue par les directives relatives aux marchés publics, mais tire son origine de la jurisprudence de la Cour de justice [CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*⁶⁸ ; concl. *La Pergola sur CJCE, 10 nov. 1998, BFM*⁶⁹]. Formalisée par les directives du 26 février 2014 (directive « Marchés secteurs classiques », art. 12 ; directive « Marchés secteurs spéciaux », art. 28 ; directive « Concessions », art. 17), elle est codifiée au sein du Code de la commande publique, tant pour les marchés publics [CCP, art. L. 2511-1] que pour les concessions [CCP, art. L. 3211-1]. Dans cette mesure, elle doit être citée au titre des exceptions textuelles au principe de mise en concurrence.

159. L'idée qui la fonde est la suivante : l'application des procédures ordinaires n'a pas de sens quand l'opérateur économique se trouve sous la dépendance du pouvoir adjudicateur, quand – malgré sa personnalité juridique – il n'en constitue qu'un simple prolongement. Échappent donc aux

65. L'article 41 de la loi dite « Sapin I », qui en est à l'origine, avait été partiellement invalidé par le Conseil constitutionnel [CC, 26 janv. 1993, n°92-318 DC ; LPA 2 juil. 1993, p. A, chron. *Maires et Vertus*, RFDA 1993, p. 90], note Pouroul. Il écartait la mise en concurrence pour les délégations de service public conclues avec les sociétés d'économie mixte. 66. V., pour une présentation générale, E. Nouzeau : *Le quasi-régime en droit public français* [More et Marie, 2017].

67. Par ex., P. Duvaut : *Marchés publics : des « contrats-maison »* [RDM 2000, p. 53] ; C. Pouet : « Réflexions autour de la notion de contrat « in house » » [BAG, Québec, PU Montpellier, 2006, 1, 1, p. 701] ; L. Rieu : *Quasi régime, quasi régime* [JUD 2010, p. 588].

68. Rec. L.p. 2191, concl. Cosma.

69. Rec. L.p. 6821.

formalités de publicité et de mise en concurrence les contrats passés entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui dont il disposerait à l'égard de ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour son compte.

160. La mise en œuvre de cette exception suppose de croiser deux paramètres⁹⁰. Il s'agit, en premier lieu, du critère de l'activité : l'opérateur doit consacrer l'essentiel de ses activités au pouvoir adjudicateur [CJCE, 17 mai 2006, Carbotermo⁹¹] ; il ne saurait réaliser pour des tiers que des prestations marginales. Les directives de 2014 fixent un seuil chiffré, correspondant à plus de 80 % des activités de la personne morale avec laquelle le pouvoir adjudicateur contracte. La jurisprudence européenne, parallèlement, s'efforce de clarifier la signification de ce critère, qui n'est pas toujours limpide (un exemple de précision : le critère en cause joue aussi par anticipation, pour des prestations antérieures à la date d'entrée des pouvoirs adjudicateurs au capital de l'entité : CJUE, 8 déc. 2016, Undis Servizi⁹²).

161. C'est, en second lieu, le critère de la dépendance, le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur l'opérateur devant être analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, même s'il peut être partagé entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs [CJCE, 19 avr. 2007, ASEMFCO⁹³], dès lors que chacun participe tant au capital qu'aux organes de direction de la structure créée [CJUE, 29 nov. 2012, Econord S.p.a.⁹⁴]. La législation consacre à présent ces montages, voire d'autres encore plus sophistiqués⁹⁵. Elle précise, pour l'identification d'une telle relation entre les parties, que l'une doit exercer une « influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée » [CCP, art. L. 2511-1]. En d'autres termes, cette dernière ne doit disposer d'aucune marge d'autonomie, ce qui exclut par exemple deux types de structures : les associations regroupant des personnes publiques et privées, même

90. Ils constituent le minimum européen requis, la Cour de justice n'intervenant pas aux États d'ajouter des conditions supplémentaires pour s'assurer par exemple de la continuité du service [CJUE, 3 oct. 2019, Rete di Kamasi : AJDA 2019, p. 118, note Roux ; CMP 2019, n° 366, note Usseau-Bonheur].

91. CMP 2006, n° 203, note Eozen ; JCPA 2006, 1125, note Leclerc.

92. AJDA 2017, p. 1127, note Baudouin ; CMP 2017, n° 38, note Usseau-Bonheur ; JCPA 2017, 2015, note Karmazek.

93. AJDA 2007, chron. p. 1759. V. aussi CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabent : AJDA 2008, chron. p. 2306 ; CMP 2009, n° 34, note Zanetti ; CJUE 2009, n° 22, note Casauti ; RGJ 2009, p. 113, note Nouvelles ; AJEP déc. 2008, p. 11, note Dossat.

94. AJDA 2013, p. 178, note Durieux, p. 257, obs. Karmazek, chron. p. 308 ; CMP 2013, Repère I, obs. Lucas et Salas-Courtois et n° 1, note Zanetti ; Corse : RGJ 2013, n° 1, note Courte ; DM 2013, Alerta 1, obs. Nouvelles ; JCPA 2013, 2009, note Baudouin – V. C. Drati : Le « in house » toujours en chantier [CMP 2013, Étude 4].

95. Par ex., des quasi-règles inversées, l'entité contrôlée devenant pouvoir adjudicateur ; des quasi-règles en réseaux, la relation contractuelle naissant entre entités contrôlées par un même pouvoir adjudicateur [CCP, art. L. 2511-3].

sans but lucratif [CJUE, 19 juin 2014, Centre hospitalier de Selvá⁹⁵] ; et les sociétés d'économie mixte.

C'est la raison pour laquelle le législateur français a créé les sociétés publiques locales d'aménagement [loi ENL n° 2006-872 du 13 juillet 2006] et surtout les sociétés publiques locales [loi n° 2010-559 du 29 mai 2010]⁹⁶. Les sociétés d'économie mixte en général, n'entrant pas dans le champ de l'exception⁹⁷ (car la participation minoritaire d'une entreprise privée au capital de l'entreprise cocontractante exclut le *in house providing* : CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*⁹⁸), tout comme – plus spécifiquement – les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)⁹⁹, le législateur a forgé un outil adapté¹⁰⁰. Les SPL permettent à la fois de fournir une alternative à la régie. Dans des conditions plus souples, le droit privé s'y appliquant et de rapatrier dans le giron des collectivités locales certains services jusque-là délégués. Ces structures juridiques sont si attractives qu'elles nourrissent une riche jurisprudence, veillant rigoureusement au respect des conditions prévues par la loi (comme l'atteste la nécessité qu'une collectivité membre d'une SPL exerce bien l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société : CE, 16 nov. 2018, *Synd. mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*¹⁰¹). Reste qu'une collectivité n'exerce pas un contrôle analogue quand elle ne participe que très minoritairement au capital et aux organes de direction d'une telle société [CE, 6 nov. 2013, *Cna de Marsannay-la-Côte*¹⁰²].

95. JCPA 2014, 2279, note Baumer.

96. Dossier AJDA 2013/6, p. 1067 s. V. encore, AJDA 2018, p. 1758, étude Nauze ; CMF 2010, n° 235, obs. Causse ; JCPA 2010, n° 28, p. 14, comm. Davis.

97. Et ce, malgré les espoirs que la rédaction des directives « Marchés » et « Concessions » de 2014 ainsi que de leurs textes de transposition avaient pu faire naître. V., J.-F. Senechal, SEM et *in house* : le dévoile ? AJDA 2017, p. 2621.

98. AJDA 2005, p. 696, note Roux en citing, p. 1108 ; CMF 2005, n° 68, note Etxart ; RD 2005, p. 123, obs. Charron. V. également CJCE, 13 oct. 2005, *Parking Bismarck* ; AJDA 2005, chron. p. 2340 ; Europe 2005, n° 411, note Nauze ; JCPA 2006, 1021, comm. Senechal ; RDUM 2005, p. 825, comm. Koenig ; R/proc. 2005, p. 503, opinion, Renucci.

99. Il s'agit d'entreprises « jetables », dont le capital peut être majoritairement privé, destinées à réaliser un seul projet d'intérêt public. V. not. G. Etxart : La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? AJDA 2014, p. 1941.

100. Les collectivités actionnaires doivent toutefois justifier du « contrôle analogue » effectivement exercé sur les SPL [Arr. Aut. conc. 24 nov. 2011 ; CMF 2011, Alerta 1, obs. Lasson ; DM mars 2012, p. 37, obs. Aut. ; JCPA 2012, 2045, note Nauze. – V., F. Lasson, P. Soulié-Couture : Les SPL ou le « *in house* » à la française ; CMF 2009, Repère 8 ; R. Nouvelles : La notion de contrôle analogue ; RLCF sept. 2010, p. 19 ; T. Bureau : L'efficacité du contrôle analogue des SPL ; CMF 2012, Étude 4].

101. AJDA 2018, p. 2488, chron. Ioux, Nauze et Guise ; AJDA 2019, p. 113, note Baumer ; CMF 2019, n° 9, note Zuccari ; DM 2019, n° 12, note Minvielle et Moll ; RDUM 2019, p. 108, note Baumer. V. plus généralement, M. Koenig : Les nouveaux maux du *in house* à la française, JCPA 2019, 2021.

102. AJDA 2013, p. 2537, chron. Lasson, Nauze et Guise ; AJDA 2014, p. 60, note Guise ; BJCL 2014, p. 18, concl. Guise, note Guise ; BJCP 2014, n° 92, p. 3, concl. ; CMF 2014, n° 19, note Guise ; DM 2014, n° 4, note Bertrand ; JCPA 2014, 2003, note Baumer, 2163, note Lasson ; RLCF 2013, n° 96, p. 29, note Guise, 2014, n° 58, p. 25, note Senechal.

162. En droit positif, les contrats entre personnes publiques ne font pas l'objet, en tant que tels et sous ce rapport, d'un traitement spécifique¹⁸⁴; ils n'entrent dans le champ de l'exception *in house* que si les conditions juraprofessionnelles sont remplies (cas, par exemple, du contrat entre une collectivité et un établissement public en constituant l'émanation et « travaillant pour elle » à titre quasiment exclusif). À leur égard, la mise à l'écart éventuelle des règles de concurrence peut cependant s'expliquer par d'autres raisons : soit qu'il est en cause un service d'intérêt général (un exemple : les anciennes conventions – dites ATESAT – d'assistance technique passées entre l'État et les collectivités locales¹⁸⁵); soit que le contrat n'est pas conclu avec un opérateur sur un marché concurrentiel. Iainsi, une convention d'entente entre collectivités – CGCT, art. L. 5221-1 – ne relève pas du droit de la commande publique¹⁸⁶). La Cour de justice admet notamment que les contrats par lesquels les personnes publiques coopèrent pour organiser un service public échappent à la mise en concurrence ICJCE, 9 juin 2009, Commission c./Allemagne¹⁸⁷), à condition que la mission soit commune aux entités concernées (CJUE, 19 déc. 2012, Azienda sanitaria locale di Lecce, Università del Salento¹⁸⁸).

Cette exception a connu une relative autonomisation : c'est ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « coopération horizontale », exception à la mise en concurrence reprise, en sus de l'exception *in house*, par les textes (CCP, art. L. 2511-6). Elle offre néanmoins d'assez maigres perspectives aux personnes publiques, tant ses modalités d'application sont interprétées de manière stricte par la jurisprudence européenne¹⁸⁹. D'ailleurs, le Code de la commande publique – retranchant l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015 (art. 18) – précise que seules des « considérations d'intérêt général » doivent guider les parties (ceci excluant en principe les finalités

184. V. par ex., G. Eccher : Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence [AJD 2012, p. 845].

185. Loi « MURCEF » n° 2001-1148, 11 déc. 2001 (N. loi n° 92-125, 6 Mar. 1992 modifiée, art. 7-1). Ce dispositif a déployé des effets jusqu'au 31 décembre 2015 ; il a été abrogé au bénéfice d'un système plus institutionnalisé (N. loi n° 2013-1278 du 29 déc. 2013, art. 123).

186. CE, 9 Mar. 2012, Cee de Hyères-de-Luc [AJD 2012, p. 555, note Roche]; BUCP 2012, p. 150, encadr. Bacours, oba. Souverain; CCP 2012, n° 78, note Ziemer; CM 2012, n° 20, note Besset; JCPA 2012, 2085, note Pajot; JCPG 2012, p. 1189, chron. Guillemin, V., J. Leroy, J. Bony-Thibaudet : La coopération intercommunale soumise aux règles de concurrence [AJD 2012, p. 23].

187. RDI 2009, p. 469, note Nouvelles. Pour une synthèse sur le traitement de la « coopération public-public » par le droit de l'Union européenne, B. Roman : Marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre, enfin ? [JCPA 2012, n° 7, p. 33]. Sur les perspectives d'évolution, S. Poux, S. Marin : L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique [AJD 2012, p. 1138].

188. AJD 2013, p. 338, chron., p. 630, note Dapuis; CCP 2013, n° 64, note Ziemer; JCPA 2013, 2910, note Tissot.

189. V., P. Tessier : L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir riche mais limité (RFOM 2014, p. 607); J. Martens : Précisions sur les contrats de coopération « public-public » et la commande publique [BUCP 2015, p. 60].

lucratives) et que la coopération peut être réalisée sur le marché concurrentiel, sans jamais dépasser 20 % de l'activité totale.

163. Remarque conclusive : tout ce qui précède concerne les limites juridiques du principe de transparence. Il existe, au-delà, des limites de fait. Les unes tiennent au caractère oligopolistique de certains marchés, qui place les opérateurs économiques en position de force par rapport aux collectivités publiques ; les marges de négociation de ces dernières sont, dans nombre de cas [marchés de partenariat pour la construction de stades, concessions de remontées mécaniques, etc.], très limitées. Les autres correspondent à des pratiques de contournement des règles : elles alimentent régulièrement la chronique¹¹⁰ et se manifestent dans des registres variés. Il peut s'agir de jouer le jeu de la mise en concurrence sans respecter la concurrence pour autant [ententes entre opérateurs, sanctionnées de loin en loin par l'Autorité de la concurrence ou, auparavant, par le Conseil de la concurrence. Un exemple : l'affaire du logiciel DRAP0, qui avait donné lieu à des sanctions infligées en 2006 à hauteur de 48 millions d'euros. De grandes entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics ont été condamnées pour s'être réparties une série de marchés publics en Ile-de-France, comme ceux des lignes de métro Eole et Météor¹¹¹]. Est occasionnellement en cause le découpage des lots de marchés publics pour rester en dessous des seuils commandant le déclenchement de procédures plus contraignantes [technique du « salami » ou du « saucisson », rustique et à laquelle fait en principe obstacle l'appréciation globale du montant des lots¹¹²]. Enfin, certains contrats qui devraient faire l'objet d'une mise en concurrence y échappent quelquefois [une illustration : l'affaire dite des sondages de l'Élysée. En 2007, durant le mandat de Nicolas Sarkozy, l'Etat avait conclu un contrat de 1,5 million d'euros avec la société Publifac – dirigée par un conseiller du Président – sans mise en concurrence¹¹³]. On le voit : l'imagination est au pouvoir et le combat pour une concurrence effective n'est pas sans évoquer le mythe de Sisyphe.

110. Par ex., D. Butzow, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics* (Th. Paris 10, 1998).

111. Plus ou moins connues, d'autres pratiques frauduleuses ne manquent pas, comme en témoignent les sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence. Y, par ex., s'agissant d'autres concrétes d'un même groupe pour contourner les modalités d'allotissement, Aut. conc., 19 nov. 2010, n° 18-D-02, ét. concernant la répartition de marchés par l'échange d'informations sensibles ayant l'attribution, Aut. conc., 4 déc. 2010, n° 14-D-28.

112. V., pour l'application d'une méthode d'allotissement et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation auquel le juge précéde, CE, 29 mai 2010, OPH Hauts-de-Seine Habitat ; AJDA 2010, p. 1463, chron. Nouvel et Nicou, BJCP 2010, p. 293, concl. Palleau, CDP 2010, n° 156, note Usual-Bissonon ; JCPA 2010, 2219, note Martin ; BFDA 2010, p. 1050, note Rameau.

113. Autour du volet pénal, Y, par ex., P. Gouze, *Retour à la constitution de l'an VIII ?* (AJDA 2011, p. 2312). Sur l'accès aux sondages, TA Paris, 17 févr. 2012, Arrêté (AJDA 2012, p. 1113, concl. Palleau). Autorisant un juge d'instruction à enquêter : Cass. crim., 19 déc. 2012, Assac, Arrêt (n° 12-81043). Cette affaire a ensuite donné lieu à plusieurs mises en examen de collaborateurs de la présidence de la République.

Chapitre 4

L'exécution des contrats administratifs

164. Après la naissance se déroule logiquement la « vie du contrat ». En première approche, les principes directeurs de l'exécution du contrat administratif – qui s'articulent autour de l'obligation d'exécuter – sont relativement proches de ceux intéressant les contrats de droit privé, n'étant des spécificités qui concernent en particulier l'exception d'inexécution. Mais des éléments d'originalité apparaissent, concernant d'une part des pouvoirs d'action unilatérale de l'administration (s'il est usuel de mettre l'accent sur le déséquilibre existant au profit de cette dernière, la situation peut toutefois s'inverser en pratique¹), d'autre part de théories qui jouent au profit du cocontractant en cas de rupture de l'équilibre initial [avec, en arrière-plan, les principes de continuité et d'équité²].

Ici aussi, la pesée du droit de l'Union européenne se fait sentir ; alors que celui-ci ne s'intéressait classiquement qu'à la passation des contrats, l'une des innovations majeures des directives du 26 février 2014 réside dans leur impact sur l'exécution desdits contrats (à laquelle les ordonnances de transposition se sont, en conséquence, intéressées). La codification du droit de la commande publique a renforcé cette attention portée aux modalités d'exécution contractuelle, non seulement en raison de leurs effets sur la concurrence, mais aussi afin de conforter les principes essentiels de la matière.

I. Principes directeurs de l'exécution

A. L'exécution personnelle

1. Une conséquence de l'*intuitus personae*

165. L'encaissement de la passation de la plupart des contrats administratifs ne remet nullement en cause le fait qu'ils sont conclus *intuitu personae*³ :

1. Il suffit de considérer la situation des petites communes face aux grands groupes de BTP, ou de l'Etat face aux concessionnaires autoroutiers (cf. par ex., Aut. conc., avec n° 14-A-13, 17 sept. 2014 : DA 2015, n° 30, note Bazz et Leveillé).

2. Pour une synthèse, L. FOUET-LAURENT, *Exécution du contrat* (J.-C. Adm., Fasc. 608 et 609).

3. A. AVOUY : *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique* (RFOM 2011, p. 87%).

la considération de la personne du cocontractant est déterminante (c'est en raison du savoir-faire et des garanties présentées que son offre est retenue). Il n'est pas sûr, au demeurant, que ce principe soit absolument typique du droit des contrats⁴ : les autorisations administratives unilatérales sont souvent délivrées en considération de la personne du demandeur ; et, s'agissant du cas particulier de l'utilisation privative du domaine public, les titres d'occupation présentent un caractère personnel, qu'ils soient contractuels ou unilatéraux. Quoi qu'il en soit, il est logique que l'*intitulé personnel* développe également des effets au stade de l'exécution du contrat, se traduisant par le principe d'exécution personnelle : la personne retenue doit exécuter le contrat, sans quoi le fait de l'avoir choisie n'aurait aucun sens.

166. Ceci appelle, néanmoins, quelques tempéraments. La subrogation – c'est-à-dire la « substitution de contractant » – ne jouant qu'un rôle mineur en la matière, les deux principaux assouplissements à prendre en compte renvoient, d'une part aux sous-contrats administratifs, d'autre part à la cession des contrats administratifs.

2. Les sous-contrats administratifs

167. Les cocontractants de l'administration passent, de façon banale, des contrats⁵ (une illustration : le titulaire d'une concession de service public ou d'un marché de partenariat conclut des baux, dont le législateur a même admis qu'ils puissent dépasser la durée du contrat de premier rang ; ceci, afin de diversifier les sources de financement⁶). Dans certains cas, les sous-contrats intéressent l'exécution d'une partie des obligations qui forment l'objet du contrat principal, de sorte qu'il est alors dérogé au principe d'exécution personnelle⁷. Mais cette translation est soumise à conditions : le transfert de l'exécution vers une autre entreprise ne peut être que partiel (sans quoi, le contrat principal perdría sa raison d'être⁸) et il est toujours soumis à l'accord de l'administration. Les trois situationn-types correspondent à la subdélégation partielle du service public par le titulaire d'un contrat de concession⁹ (fréquente, notamment, dans le secteur

4. Sans négliger le fait que l'*intitulé personnel* influe particulièrement sur la détermination des règles d'exécution des contrats privés, comme l'atteste la situation des tiers (IV. C. ci), art. 1197-II.

5. Pour une présentation générale, M. Auzier : *Le sous-contrat en droit public* (RFDA 2012, p. 175). Plus largement encore, M. Bous : *Les chaînes d'achats en droit administratif* (Th. Montpellier 1, 2014).

6. V. en dernier lieu, CCP, art. L. 3132-3 (à propos des concessions) ; CCP, art. L. 2230-3 (concernant les marchés de partenariat). V. aussi, avant leur abrogation, loi n° 2008-735, 28 juil. 2008, art. 14 ; loi n° 2009-179, 17 févr. 2009, art. 21-II.

7. Dossier « L'univers des sous-contrats » (Contrats publics juill.-sept 2005, n° 46). Cette possibilité est visée par la directive « Marchés » du 26 février 2014 en son article 71, et elle figure désormais aux articles L. 3193-1-II du Code de la commande publique.

8. S'agissant des concessions, le Code de la commande publique évoque ainsi le transfert d'une « part » des travaux et/ou des services (CCP, art. L. 3134-II).

9. L. Roche : *La subdélégation de service public et les notions voisines* (Contrats publics oct. 2002, p. 54) ; L. Pauw : *Délégation de service public et sous-traitance* (CPA

des transports routiers de voyageurs), aux sous-concessions domaniales (qui s'apparentent à la sous-location)¹⁰ et à la sous-traitance dans les marchés publics¹¹.

168. En pratique, cette dernière est essentielle IV., pour les principes, CCP, art. L. 2193-1 s. ; pour les modalités, art. R. 2193-1 s.). Le procédé est encouragé depuis les années 1970, les pouvoirs publics y ayant vu une modalité d'accès des PME à la commande publique. La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, texte de référence sur la sous-traitance encore applicable, a été en grande partie intégrée – par souci de simplification – au Code de la commande publique. La sous-traitance n'est possible que dans les marchés de services, les marchés industriels et les marchés de travaux (où elle revêt une importance particulière) ; sont donc exclus les marchés de fournitures. Il faut que la personne du sous-traitant soit acceptée et les conditions de paiement agréées, explicitement ou implicitement (au terme d'un silence de vingt et un jours : CCP, art. R. 2193-4)¹². Si l'il n'existe pas de lien juridique entre le sous-traitant et l'administration (le titulaire du marché reste seul responsable de son exécution : CCP, art. L. 2193-3), il y a cependant un lien financier. En effet, le sous-traitant a droit d'être directement payé par l'administration (CCP, art. L. 2193-10 et s.), ce qui présente une grande importance (par exemple, en cas de manœuvre frauduleuse ou de liquidation judiciaire de l'entreprise titulaire du marché). Ce paiement direct ne joue pas au profit d'un sous-traitant de second rang ou irrégulier (c'est-à-dire, non agréé) et ne s'applique qu'à partir d'un montant minimum (600 euros TTC : CCP, art. R. 2193-10). Il peut également être réduit avec l'accord des parties, lorsque par exemple des travaux inexécutés ou des retards sont à déplorer¹³. Les réformes du droit de la commande publique ont approfondi la logique initiale en apportant des modifications sensibles, notamment en étendant la technique de l'*offre anormalement basse*¹⁴ à la proposition du sous-traitant (CCP, art. L. 2193-8 et s.).

2004, p. 1162) ; J.-N. Pireaux, C. Saumon : *Les sous-contrats de délégation de service public* (Contrats publics juil.-août 2005, p. 361) ; M.-T. Sun-Lin Léoux : *La subdélégation de service public* (Contrats publics juil.-août 2005, p. 23).

10. Par ex., B. Puisse : « Les sous-concessions domaniales : territoire d'un contentieux » (BAJ, Richer, LODJ, 2011, p. 247) ; M. Usso-Bouyoux : *Les sous-concessions domaniales* (in Contrat et propriété publique, dir. G. Clauzel, LexisNexis, 2011, p. 111).

11. Sur les principes applicables : instruction CGFP, 30 mai 2012. – Y. H. Phuoc : *Sous-traitance* (J.-C. Adm., Paix, 451) ; O. Deneux : *La sous-traitance dans les marchés publics* (AJD 2012, p. 178) ; U. Nauroz-Oude-Beijer : *Quelques brèves observations à propos de la sous-traitance dans les marchés publics* (WU 2009, p. 729). Et bibli. in R. Charras : *Droit administratif général* (Montchrestien, T. 2, 15^e éd., 2001, n° 702).

12. Pour un rappel : CE, 15 nov. 2012, Causal ICMP 2012, n° 3, note Panel ; CAA Lyon, 22 sept. 2011, Causal (AJD 2012, p. 342).

13. CE, 27 janv. 2017, Sri Baudin Châteauneuf Dervoux (AJD 2017, p. 1500, note Bourdon ; CMP 2017, n° 88, note Usso-Bouyoux).

14. Sur cette notion, V. dossier « *Les offres anormalement basses* » (Contrats publics avr. 2014).

3. La cession des contrats administratifs

169. Il existe une tendance à la patrimonialisation des actes administratifs, aussi bien unilatéraux que contractuels¹⁵: traditionnellement hors du commerce, les autorisations administratives sont de plus en plus mises sur le marché. Elles se vendent et s'achètent, sous la réserve, parfois assez théorique, d'un accord de l'administration. Ceci concerne les titres unilatéraux (autorisations d'émettre en matière audiovisuelle, autorisations hospitalières, etc.), mais aussi les contrats administratifs¹⁶. Or, en cas de cession, l'exécution de l'obligation passe évidemment de la personne du céder à celle du cessionnaire.

170. Si le droit administratif s'est souvent inspiré du droit civil, c'est plutôt l'inverse qui s'est vérifié pour la cession de contrat¹⁷, parce que la mutabilité du contrat administratif est admise depuis longtemps et que la jurisprudence l'a toujours fait prévaloir sur l'intangibilité contractuelle (le plus important étant que les obligations soient exécutées, même si ce n'est pas par le contractant initial). La cession suppose un accord de l'administration (la logique étant la même qu'à l'égard des sous-contrats), qui doit être écrit [V., pour les contrats d'occupation du domaine public, CE, 18 sept. 2015, *SNC Prest'Air*¹⁸]. Selon la jurisprudence administrative, elle n'impliquait pas la remise en concurrence du contrat dans l'hypothèse – fréquente – où l'attribution du contrat d'origine était soumise à une mise en concurrence [CE, avis 8 juin 2000¹⁹]. Cette solution, favorable à la circulation du contrat, risque d'évoluer. Elle paraît en effet se heurter à la jurisprudence européenne [CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*²⁰] et aux principes issus des directives « Marchés » et « Concessions » du 26 février 2014 (la cession de contrat ne pouvant avoir pour but de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence : comme s'il existait des éléments d'incompatibilité entre le paradigme concurrentiel et la patrimonialité des titres administratifs qui s'inscrivent, pourtant, dans un même mouvement d'intensification des relations commerciales entre l'administration et les opérateurs économiques).

- 15. Dossier « La patrimonialité des actes administratifs » (RFD4 1/2009); F. BOISSIN : La patrimonialisation des autorisations administratives (DA 2007, Chron. 16); Cession de contrat (U-Cl. Adm., Fasc. 780, actualisé par S. Miquel-Lutz); R. NOUZEUX : La transmission des obligations en droit administratif (LSDJ, 2004).
- 16. Y. GUÉPARD, L. AESTI : La cession de contrat en droit public et en droit privé (Ed. Crédit, 2008). V. aussi, A. SIVENS : Le paradoxe de la cession des marchés publics (AJDA 2003, p. 207ff).
- 17. Le régime des cessions en droit privé, qui partage certaines règles avec celui des contrats administratifs, est mieux défini depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 (C.-civ., art. 1216 s.s.).
- 18. QDD4B, n° 45.
- 19. AJDA 2000, p. 758, note ROUSSEAU; BJC/P 2001/15, p. 84, chron. GUÉPARD.
- 20. AJDA 2008, p. 208, note DIOMAND; BJC/P 2008, p. 206, note SCHMITZ; CMF 2009, n° 184, note ZEYNEK et REPIRA ?; obs. LUCAS et SAUZ-COURTAUD, DA 2008, n° 132, note NOUZEUX. Sur la jurisprudence européenne postérieure, P. PEZOT : Cession de contrat : où en est-on un an et demi après l'arrêt Pressetext ? (JCPA 2010, n° 8, p. 17).

B. Le respect des engagements

1. La loyauté contractuelle

171. Le droit administratif fait traditionnellement une place à des notions connexes, en relation avec la bonne foi, l'adage *Nemo auditor*, voire le principe de confiance légitime (qui témoigne – via le droit de l'Union européenne – d'une influence du droit allemand)²¹. Mais il n'a consacré que tardivement, et de manière équivoque, une obligation de loyauté des relations contractuelles invocable devant le juge du contrat (CE, 29 déc. 2009, *Cne de Béziers* : arrêt dit « Béziers 1 »²²). Cette évolution aurait pu marquer une convergence avec le droit civil ; mais rien n'est moins sûr, au vu des deux fonctions conférées à la loyauté par la jurisprudence. D'une part, le juge administratif vise la loyauté processuelle, dans le cadre contentieux et non dans la sphère du contrat. Cela conduit à déterminer les moyens susceptibles d'être soulevés au soutien des prétentions de chaque partie²³. D'autre part, la décision « Béziers 1 » réalise une liaison sibylline entre loyauté et application du contrat ; elle semble ainsi substituer la première à la force obligatoire des conventions. On peut nourrir des doutes quant à l'exactitude des formules utilisées en suggérant plutôt que les clauses contractuelles doivent être respectées en raison de la seule force obligatoire ; le comportement loyal intervient en réalité à un second niveau d'analyse, celui des modalités d'exécution. Autrement dit, les parties appliquent un contrat avec loyauté plus que par loyauté. La jurisprudence administrative traduit cette ambiguïté relative à la loyauté en matière contractuelle, très rares étant les litiges explicitement résolus sur ce fondement²⁴.

21. M. LOISEAU : *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français* (Th. Strasbourg 3, 1978) ; D. BOUSSOU : « La règle « Nisi ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » en droit administratif » (RDP 2010, p. 1259) ; C.-L. VERNET : « La bonne foi dans le contrat administratif » (Méth. Richer, LGDJ, 2013, p. 477) ; L. TAUREAU : « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français » (RDP 2013, p. 307).

22. V. n° 290 s. – A. LAROCHE : « L'exigence de loyauté des relations contractuelles en droit public » (Th. Tournai, 2003) ; J.-F. LAROCHE : « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat » (Méth. Richer, LGDJ, 2013, p. 345) ; J.-F. SEGUIN : « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? » (ibid., p. 451) ; L. MAZELIUS : « La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel » (RFDA 2013, p. 660) ; E. CORNUAU : « La loyauté contractuelle. Portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs » (LCPA, 2012, 2392). Plus largement, A. BONNIEZ-GIRAL : « La notion de loyauté en droit administratif » (AUDM 2011, p. 964) ; S. PERRASSE et S. HOUSSO (dir.) : « La loyauté en droit public » (Institut Universitaire Varenne, 2016). Aspergues, C. BERNARD-MOUTOUÉS : « De la loyauté de l'autorité publique contractante » (Méth. Maderne, Dalloz, 2004, p. 439).

23. N. BOUSSOU : « Confiance et loyauté dans le contentieux des contrats publics [in] *Confiance et droit public*», dir. C. TORRIE-COLLI et O. RIOUXON, L'Harmattan, 2019, p. 209.

24. D'autres fondements peuvent jouer une fonction comparée. V. par ex., à propos de l'exigence d'un « délai raisonnable » d'exécution contractuelle interdisant aux parties de retarder abusivement la réalisation des obligations, CE, 4 juil. 2014, 556 Orme (BUCP 2014, p. 393, cend. Diocou).

172. Pourtant, la référence à la loyauté semble relever de l'évidence. On mesure mieux le chemin parcouru en rappelant quelques solutions jurisprudentielles antérieures à 2009, qui donnaient à l'administration quelques moyens de sa mauvaise foi. Ainsi un établissement public pouvait-il se délier d'un arbitrage auquel il avait illégalement consenti, sans engager sa responsabilité²⁵; ou consentir un acte illégal et opposer à son partenaire la faute que ce dernier aurait commise en l'acceptant²⁶.

173. Même en admettant sa consécration, la loyauté n'en doit pas moins se combiner avec les exigences de la légalité, qui continuent dans des hypothèses marginales de prévaloir sur la bonne foi [V, par ex., admettant qu'une personne publique puisse se délier de ses engagements contractuels en étant condamnée par le juge du référé au paiement d'une provision moins importante que celle résultant de l'application du contrat : CE, 20 avr. 2011, *Cne de Baie-Mahault*²⁷]. Il reste, par ailleurs, du chemin à parcourir pour que toutes les conséquences du principe de loyauté soient tirées dans le droit des contrats administratifs. On peut notamment se demander si le juge administratif ne devrait pas faire jouer – ce qu'il refuse, pour l'heure [en tout cas, dans le contentieux de la légalité] – le principe (*« estoppel »*) selon lequel il est interdit de se contredire au détriment d'autrui²⁸.

2. L'exception d'inexécution ?

174. En droit privé, l'*exceptio non adimpliti contractus* permet au cocontractant de se délier de ses obligations quand l'autre partie n'exécute pas les siennes²⁹. En droit administratif, ce mécanisme joue de façon asymétrique³⁰: l'administration en bénéfice (CE, 27 mars 1957, *Carsalade*³¹), mais pas son cocontractant. Celui-ci commet donc une faute de nature à engager sa responsabilité s'il suspend l'exécution du contrat, alors même que la partie publique serait elle-même en faute. Il peut simplement saisir le juge du contrat afin que celui-ci tranche le litige (par ex. : CE, 7 janv. 1976, *Ville d'Amiens*³²).

175. Cette solution *a priori* curieuse est habituellement justifiée par référence au principe de continuité. Dans cette mesure, elle devrait être cantonnée aux contrats intéressant le fonctionnement du service public. Sa portée

25. CE, 20 mai 1966, *Moulier* [Rec. p. 363].

26. CAA Lyon, 17 déc. 1990, *Dv Bourg-en-Bresse* (n° 89L1907799).

27. BUCP 2011, p. 276, concl. Duccini; CMP 2011, n° 188, note Bouvier; DA 2011, n° 52, note Bouvier.

28. A.-C. Pommé: Pour une transplantation de l'*estoppel défensif* en droit administratif des contrats [JPA 16 déc. 2011, p. 7].

29. V. not., J.-F. Pillaux: *Recherches sur l'exception d'inexécution* (LGDJ, 1971). V. aussi, s'agissant du droit positif et de la condition relative à la gravité suffisante de l'inexécution, C. cm, art. 1218.

30. Pour une comparaison générale des situations de non-exécution, C.-E. Buc-Hor: *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif* (Dalloz, 2011).

31. Rec. p. 216.

32. Rec. p. 11.

générale a suscité la critique³³; et certaines juridictions l'ont assouplie de façon opportune, en admettant que le contrat puisse prévoir le bénéfice de l'exception d'inexécution par les deux parties (par ex.: CAA Nancy, 16 oct. 2010; Sté European Institute of Management³⁴). Le Conseil d'État n'est pas allé jusque-là ; il a maintenu le principe, en ne l'assouplissant qu'en ce qui concerne la possibilité de résilier le contrat, non celle d'en suspendre provisoirement l'exécution (CE, 8 oct. 2014, Sté Grenke location³⁵). De surcroît, les conditions posées en la matière sont rigoureuses : l'exception d'inexécution ne doit pas concerner un contrat ayant pour objet l'exécution même du service public, et la personne publique peut toujours s'opposer à une résiliation pour un motif d'intérêt général. Autant dire que cette faculté, supposant le consentement des parties, a toutes les chances de demeurer théorique.

3. Les mécanismes de responsabilité

174. La responsabilité constitue la clef de voûte de l'édifice, le mécanisme (ou plutôt les mécanismes, car il en existe plusieurs³⁶) garantissant la bonne exécution et sanctionnant la mauvaise. Bien que se rapportant au contrat, elle peut d'abord être de nature extracontractuelle : ainsi, lorsque l'administration édicte un acte unilatéral illégal en amont du contrat, quand elle commet une faute lors de la procédure devant aboutir à sa conclusion, ou encore si elle signe un contrat illégal. Mais cette responsabilité extracontractuelle n'intéresse normalement pas l'exécution du contrat (sauf cas particulier de l'incitation à une exécution anticipée). Restent la responsabilité contractuelle et la responsabilité post-contractuelle.

a) La responsabilité contractuelle

177. L'expression « responsabilité administrative » désigne usuellement la responsabilité extracontractuelle. Or, il existe un autre volet – qui fut, historiquement, le premier à apparaître (les textes l'organisent bien avant

33. P. Troubat, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », *DMH, Labeyrie, Gélicc*, 2007, p. 803; V. également, F. Lusseau, P. Souza-Coutinho, *De l'exception d'inexécution et de quelques tendances du droit des contrats administratifs* (ICMP 2014, Repère 11).

34. ICMP 2011, n° 14, note Lusseau.

35. AJDA 2015, p. 296, note Millauer; BUCP 2015, p. 3, concl. Pillamez; ICMP 2014, n° 320, note Souza; O. 2015, p. 143, note Pillamez; DM 2015, n° 12, note Baran; ACPA 2014, 2327, note Zerb; RDI 2015, p. 183, note Pillamez; AFDA 2015, p. 47, note Pillamez-Poujoljean.

36. Un exemple jurisprudentiel illustrant cette diversité : CE, 9 oct. 2011, *Cas d'Alès* (UCPA, 2012, 2144, note Lusseau et Bourdail Y., pour une compréhension d'ensemble et une présentation des mouvements contemporains, les dossiers « Actualité des responsabilités en matière contractuelle » (Droits publics nov. 2017); « Responsabilité en matière contractuelle : état des lieux » (Droits publics nov. 2018); « Responsabilité et contrat administratif » (UDM 2019, p. 2528 s.s.). Sur la distinction des mécanismes, J. Boulaï : *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif* (IUGU, 2019).

l'arrêt *Blanco* de 1873, dès l'an VIII – moins connu et très important : c'est, comme en droit privé, la responsabilité contractuelle³⁷.

178. Il peut s'agir d'une responsabilité sans faute³⁸ : de l'administration (dans certains cas de « fait du prince »³⁹) ; ou du cocontractant, dans les hypothèses de cas fortuit (fait accidentel dont la cause est inconnue) ou encore de destruction des fournitures ou de l'ouvrage avant livraison ou réception.

179. C'est, le plus souvent, une responsabilité pour faute. Les fautes peuvent être, naturellement, fort diverses, qu'elles soient le fait de la personne publique (fautes découlant d'un usage illicite de ses pouvoirs ou d'un retard abusif dans l'exécution de ses obligations financières) ou de son cocontractant (manquement aux règles de l'art de la part des architectes, constructeurs, etc.). La responsabilité contractuelle, qui ne joue bien sûr qu'entre les parties⁴⁰, prime la responsabilité extracontractuelle (comme il est, également, de règle en droit privé) ; quand un dommage se rattache à l'exécution d'un contrat administratif, la partie qui en est victime n'a pas le choix ; elle doit agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle (CE, 20 nov. 1891, *Lefebvre*⁴¹), aux fins de réparation d'un préjudice qui peut être – suivant les cas – matériel ou immatériel (une illustration : l'atteinte au

37. A. et Lassalle : « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration » (Mé. Mestré, Siréy, 1994, p. 380) ; P. Tocque : « La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif » (Economia, 1999) ; V^e Responsabilité contractuelle (Mé. Dallez, Responsabilité de la puissance publique) ; P. Druez : « L'indemnisation du préjudice contractuel : une approche comparée des contentieux administratif et judiciaire » (Mé. Guibal, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 229) ; M. Puaud : « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle » (Mé. Guibal, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 551) ; F. Escoff : Contrat d'armement : la responsabilité contractuelle à l'épreuve du secret de la défense nationale (AJDA 2012 p. 1989) ; J.-F. Ouzouïne : La responsabilité contractuelle en droit administratif (LGDJ, 2012).

38. C.-E. Bouchet : Remarques sur l'originalité de la responsabilité contractuelle sans faute de l'administration (JPA 8 mars 2012, p. 51).

39. V. n° 195 n.

40. Ainsi, la responsabilité contractuelle du mandataire d'un maître d'œuvre ne saurait être recherchée par des constructeurs, le premier n'étant lié aux seconds par aucun contrat (CE, 26 sept. 2016, *Sorini-Dunay Aé-de-France* ; B/CP 2017, p. 25, const. Pellegrin ; CMP 2014, n° 258, note Devuissel). Ce principe produit des conséquences parfois regrettables : par exemple, en cas de retards imputables à des entreprises, le titulaire du marché risque de se trouver démunni (G. Bouscaren : Retard de chantier et déséquilibre des relations contractuelles ; AJDA 2014, p. 2343). Au-delà du contrat, le Maître peut, toute de même, rechercher la responsabilité quasi-contractuelle des opérateurs qui sont intervenus dans l'exécution des travaux (CE, 7 déc. 2013, *Cie de Bihorel* ; B/CP 2014, p. 132, const. Poussin ; CMP 2014, n° 34, note Devuissel ; ACPA 2016, 2137, note Marné ; RDV 2016, p. 93, note id. Bouscaren). V. aussi, sur les particularités de la faute contractuelle, J. Bouscaren : Le principe de la relatiéité de la faute contractuelle en droit administratif (B/CP 2018, p. 104).

41. Rec. p. 465. Pour un rappel : CAA Nantes, 4 mars 2011, SARL Moulin Marçais (AJDA 2011, p. 1289).

droit moral des architectes sur leurs œuvres⁴². Et le juge saisi n'envisagera une éventuelle responsabilité extracontractuelle qu'après avoir rejeté l'existence d'une responsabilité contractuelle⁴³.

180. La partie poursuivie peut s'exonérer en invoquant la force majeure⁴⁴ [événement imprévisible, irrésistible et extérieur : par exemple, un phénomène naturel – raz-de-marée, tremblement de terre – qui rend l'exécution impossible] ou la faute de son cocontractant [l'exonération étant totale ou partielle, selon l'importance de celle-ci], mais pas le fait du tiers.

b) La responsabilité post-contractuelle

181. Le cas le plus significatif, dans « l'après-contrat », est celui des marchés publics de travaux⁴⁵. La garantie ou responsabilité décennale des constructeurs – entrepreneurs, architectes, maîtres d'œuvre – liés au maître d'ouvrage par un contrat d'entreprise, qui est prévue par le Code civil (art. 1792 s.l.) s'applique⁴⁶. Ce n'est pas une responsabilité d'origine contractuelle, mais une responsabilité légale engagée à raison du contrat, qui lie uniquement les anciens contractants [à l'exclusion des sous-traitants ou des mandataires, comme les maîtres d'œuvre délégués]⁴⁷. Elle concerne les désordres qui n'étaient pas apparents au moment de la réception et qui, en raison de leur importance, affectent le fonctionnement normal ou la solidité de l'ouvrage [voire, le rendent impropre à sa destination : problèmes de structure concernant l'étanchéité, la charpente, les fondations...]⁴⁸. Si le terme de « garantie » est fréquemment employé, c'est parce qu'existe une présomption de responsabilité pesant sur le constructeur. D'une part, il

42. C. Mauot : « Le droit moral de l'architecte et les bâtiments publics » (ADI 2011, p. 424); R. Henneut : « Les droits moraux du cocontractant de l'administration. Propriété littéraire et artistique et droit administratif » (Méth. Gubat, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 259).

43. V. par ex., pour un contentieux concernant la « délocalisation » d'un match de l'OM à la suite de désordres survenus – malgré la protection de la Bonne-Mère – lors de l'installation de la scène pour un concert de la chanteuse Madonna au stade Vélodrome : CM Marseille, 22 mai 2010, 5^e sportive professionnelle Olympique de Marseille (n° 12MAC001n2).

44. L. Jousset : « L'application de la force majeure en droit des contrats » (Méth. Richer, LGDJ, 2011, p. 255); N. Jacot : « La notion de force majeure dans les contrats publics » (Méth. Gubat, PU Montpellier, 2004, T. I, p. 275).

45. Ainsi que, il faut l'observer, la garantie des vices cachés (C. civ., art. 1661 s.) ne s'applique pas. Elle joue, en revanche, au bénéfice de la personne publique qui acquiert un bien (CE, 7 avr. 2011, 5^e Ajaccio Diesel : BJCP 2011, p. 206, concl. Duccozzo).

46. F. Moreau : « La responsabilité décennale des constructeurs en droit public » (Dalloz, 1990); F. Laroche, 9^e Responsabilité décennale (Méth. Dalloz Prosp. puissance publique); O. Cérez, A. Lemoine : « Garanties des constructeurs LJ-CI. Contrats et marchés publics », Encyc. 170; F. Dau : « Retour sur la jurisprudence récente relative à la garantie décennale des constructeurs » (CPCA 2013, 216ff). V. aussi la rubrique « Un an de responsabilité des constructeurs » dans la revue CJF.

47. Mais, la garantie décennale suivant le bien, elle est transmise au sous-acquéreur (CE, 23 mai 2011, CIV d'appel Lens-Liévin : BJCP 2011, p. 273, concl. Bouyoum).

48. V. s'agissant des conséquences produites par les dommages, CE, 9 mars 2010, Cte de Saint-Germain-le-Châtel (BJCP 2010, p. 77, concl. Peusson); CJF 2010, n° 8, note Drivé, 100; RDV 2011, p. 100, note de Guipponi).

n'est pas besoin d'établir sa faute [CE, 2 févr. 1973, *Traenoy*⁴⁹] ; d'autre part, ce dernier ne peut s'exonérer qu'en établissant la force majeure, la faute du maître d'ouvrage ou le fait du tiers (notamment, la faute d'un autre professionnel).

182. La garantie décennale est à l'origine d'un contentieux considérable. Dès le xx^e siècle, le juge administratif l'a fait jouer en matière de travaux publics : plutôt que de viser le Code civil, il s'est référé aux principes dont celui-ci est censé s'inspirer (par ex. : CE, 2 févr. 1973, *Traenoy*, préc.) avant d'évacuer toute référence – même indirecte – aux codes [CE, 15 avr. 2015, *Cne de St-Michel-sur-Orge*⁵⁰]. Les règles applicables sont, de ce fait, sensiblement plus souples qu'en droit privé de la construction, car le juge administratif conserve la maîtrise de ce régime de responsabilité (il ne s'agit pas d'une responsabilité d'ordre public : le contrat peut l'écartier, aménager le délai, etc.).

183. Le délai de dix ans court à compter de la réception des travaux, qui procède d'une décision du maître d'ouvrage ou de comportements d'effet équivalent (comme la prise de possession avec paiement du solde du marché). La réception fait courir en même temps plusieurs délais : celui de la garantie décennale bien sûr, mais également celui – un an – de la garantie de parfait achèvement (concernant les désordres qui ont fait l'objet de réserves au moment de la réception)⁵¹ et celui de la garantie de bon fonctionnement des équipements dans les bâtiments (qui est d'au moins deux ans). Autrefois courait aussi une garantie trentenaire, prévue par l'ancien article 2262 du Code civil (pour les désordres apparus après l'expiration de la garantie décennale et résultant d'un dol ou d'une fraude de la part de l'entreprise⁵²) ; le délai a été réduit – en simplifiant quelque peu l'état du droit – à cinq ans par l'effet du nouvel article 2224 du même code.

184. S'agissant de la garantie décennale, le délai de dix ans correspond à celui pendant lequel les désordres couverts doivent apparaître et au cours duquel le recours doit être formé. L'arrivée du terme éteint non seulement la garantie, mais encore les actions en garantie (dans le cas où, l'ouvrage ayant causé un dommage à un tiers – en général, un voisin –, le maître d'ouvrage est poursuivi et appelle l'entrepreneur en garantie), ce qui est discutable (par ex. : CE, 15 juil. 2004, *SMET*⁵³).

49. Rec. p. 95, concil. Rousseau-Baule : AJD4 1973, II, n° 40, p. 187, note F. M.

50. AJD4 2015, p. 1819, note Munier ; BUCP 2015, p. 282, concil. Daoust ; CMP 2015, n° 142, note Drivillers ; RD/2015, p. 423, note de Quasten.

51. Cette garantie, au caractère téléologique marqué, ne disparaît pas en raison de l'état de méconnaissance – par ex., des défauts d'un matériau – investigateur par l'entrepreneur [CE, 17 juin 2015, *SM APRR* ; BUCP 2015, p. 355, concil. Poujauran].

52. V., pour une application de la responsabilité trentenaire à un marché public passé avant la réforme du Code civil, CE, 28 juin 2019, SM Icapé Promotion c/ GP Matys - BUCP 2019, p. 332, concil. Poujauran ; CMP 2019, n° 262, note Riss ; RD/2019, p. 579, note Hassouni.

53. Rec. p. 346.

III.**La « vie » du contrat administratif**

185. Elle se caractérise par une incontestable originalité (c'est ici que le régime du contrat administratif apparaît le plus spécifique), qui renvoie pour l'essentiel aux pouvoirs d'action unilatérale de l'administration⁵⁴ et aux droits financiers du cocontractant en cas de modification de l'équilibre initial.

A. Le pilotage administratif du contrat**1. Contrôler**

186. Le pouvoir de contrôle et de direction de l'administration sur son cocontractant se traduit de différentes manières⁵⁵ : la personne publique peut donner des instructions (ordres de service) ou procéder à des vérifications (une illustration : le contrôle de l'exécution de marchés de travaux par des ingénieurs des collectivités locales ou des corps d'État). Il est fréquent que ce pouvoir soit évoqué par le contrat lui-même, voire imposé par certains textes. Ainsi, les articles L. 1411-3 du CGCT et L. 3131-5 du CCP exigent des concessionnaires de service public la production d'un rapport annuel d'activité afin de rendre un tel pouvoir (relativement) effectif.

187. Il existe un débat sur le point de savoir si le pouvoir de contrôle et de direction existe – ou non – en tout état de cause ; autrement dit, s'agit-il d'un élément du régime général du contrat administratif ? La majorité de la doctrine classique (Jéze, Péquignot, de Laubadère) avait répondu à cette question par l'affirmative, mais les spécialistes actuels sont plus nuancés : car la jurisprudence paraît ne consacrer explicitement son existence qu'à l'égard de certaines catégories de contrats, en l'occurrence les marchés publics de travaux et les délégations de service public⁵⁶. Le pouvoir de contrôle s'expliquerait par le particularisme de leur objet (il n'est pas envisageable de déléguer la gestion d'un service public ou de faire réaliser des travaux publics sans exercer une surveillance ; raisonnement qui peut être étendu, notamment, aux autres concessions de service public et aux marchés de partenariat). En dehors de ces contrats, un doute subsiste, sachant que le seul fondement mobilisable résiderait dans l'intérêt général, qui constitue le « plus petit commun dénominateur » aux contrats administratifs et justifie par ailleurs – on le verra – le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale.

Mais l'incertitude tend maintenant à se dissiper en raison de l'inscription du pouvoir de contrôle – au même titre que celle des autres grands

54. Pareau, G. *Pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs* (CNP éd., 2010, p. 71).

55. Pour une synthèse, A. Rosier-Touzot : *Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant* (IRFDa 2007, p. 990).

56. En ce sens, pour ces dernières : CE, 21 déc. 2012, Cne de Dossal loté au n° 2281.

principes d'exécution contractuelle – dans le Code de la commande publique. Celui-ci énonce en effet que : « L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat » (CCP, art. L. 6, 1^o). Bien que cet article comporte certaines ambiguïtés, il semble possible de le transposer à l'ensemble des contrats administratifs, au-delà du périmètre de la commande publique.

2. Sanctionner

188. Moyennant le respect de garanties procédurales (mise en demeure, droits de la défense, motivation) et de fond (principe de proportionnalité), l'administration peut sanctionner elle-même le cocontractant qui ne respecte pas ses obligations, sans avoir à le demander au juge (en vertu du « privilège du préalable»⁶²). Si ce pouvoir est souvent prévu par le contrat, il existe même à défaut de clause spécifique (par ex. : CE, 11 oct. 1929, Cie de navigation Sud-Atlantique⁶³) et se manifeste par trois types de mesure. D'abord, des sanctions pécuniaires – les plus fréquentes –, qui consistent en des pénalités en cas de retard ou de manquements dans l'exécution⁶⁴, à l'égard desquelles le juge administratif dispose d'un pouvoir de modulation (CE, 29 déc. 2008, OPHLM de Puteaux⁶⁵). Appliquées de manière automatique, elles ne requièrent pas l'identification d'un préjudice subi par le pouvoir adjudicateur⁶⁶.

Ensuite, des sanctions coercitives, qui manifestent un pouvoir de substitution autoritaire, aux frais et risques du cocontractant : l'administration exécute elle-même le contrat, par exemple en reprenant l'activité déléguée en gestion directe ; ou elle substitue un tiers à l'entreprise initiale. On parle – les expressions sont peu éclairantes – de « mise sous séquestre » des concessions de service public⁶⁷ ou de « mise en règle » des marchés publics de travaux⁶⁸. Indispensable à la continuité du service public (CCP, art. L. 6), la mesure de substitution comporte un certain nombre de garanties pour

62. L. Rozen : *Sanction et contrat* (JCPA 2013, 2074). V., pour une étude générale, D. Ricossa : *Les sanctions contractuelles en droit administratif* (Dalloz, 2019).

63. Rec. p. 892.

64. Des pénalités de plusieurs millions d'euros ont ainsi été infligées au printemps 2018 à Simevigo, le nouveau concessionnaire du Wiss' portail, pour mauvaise exécution de ses obligations.

65. Rec. p. 479.

66. CE, 19 juill. 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIA) 2018, p. 116, note Souza ; BJCP 2017, p. 388, note Piauzaïk ; CDP 2017, n° 327, note Uauz-Bouyoux ; JCPA 2017, 2332, note Marnat.

67. Le 19^e siècle en a offert maintes illustrations, relatives par exemple aux concessions de canaux (le fameux canal de Craponne, bien connu des civilistes, fut mis sous séquestre en 1854) ou de chemins-de-fer (mise sous séquestre de plusieurs sociétés en 1848, dont la compagnie Paris-Lyon, sur les décombres de laquelle le PLM naîtra une décennie plus tard, nombreux cas dans les années 1860, comme celui de la Compagnie des chemins de fer garantis des colonies françaises).

68. Ph. Courcoux : *La mise en règle ou l'exécution du contrat par substitution au cocontractant défaillant* (RFDA 2019, p. 1021).

l'administration, qui n'est pas tenue par les engagements anormalement pris par un titulaire défaillant (CE, 19 déc. 2014, *Che de Propriano*⁶⁴).

Enfin, des sanctions résolutoires, qui sont les plus lourdes. Vu le montant des investissements dans les concessions, un sort spécifique leur est réservé : la déchéance du concessionnaire est conditionnée par l'existence d'une faute particulièrement grave et elle ne peut être prononcée que par le juge administratif (CE, 12 mars 1999, SA Méribel⁶⁵), sauf si une clause permet à l'administration de s'affranchir de cette exigence (par ex., CE, 21 juin 1980, Synd. intercomm. de Peyresourde-Baïstest⁶⁶).

B. Le rétablissement de l'équilibre contractuel

189. Le cocontractant de l'administration dispose de droits financiers qui compensent dans certains cas les pouvoirs exorbitants de la partie publique, contribuant à remettre à niveau les plateaux de la balance en cas de rupture de l'équilibre contractuel⁶⁷.

1. L'indemnisation de l'aléa économique (théorie de l'imprévision)

190. La théorie de l'imprévision constitue l'un des signes les plus distinctifs du régime des contrats administratifs. Son but est d'obliger l'administration, en cas de réalisation d'un aléa économique anormal, à aider son cocontractant afin que celui-ci puisse faire face à des difficultés temporaires. Cette théorie a été dégagée par le Conseil d'État pendant la Première Guerre mondiale, à l'occasion de l'affaire du « gaz de Bordeaux » (CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*⁶⁸). La construction prétorienne qui en procède est remarquablement pérenne⁶⁹ ; elle donne encore lieu à des applications régulières (dans les années 1970, lors du premier choc pétrolier ; ou de la « crise de l'acier », au cours des années

64. Rec. p. 393, concl. Poussin ; CMAP 2015, n° 64, note Djoum ; DA 2015, n° 20, note Berney ; ADPA 2015, 2081, note Bisa et Rossi. Le caractère anormal d'un engagement est établi au moyen d'une « interprétation raisonnable du contrat » ; c'est un instrument de mesure suffisamment souple pour le juge. Il faut préciser que la protection de l'administration cesse lorsque celle-ci a consenti à cet engagement, certes déraisonnable, mais régulier.

65. Rec. p. 42.

66. Rec. p. 348.

67. Sur ce dernier, L. Vion : *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* (Bryant, 2003) ; S. Tissot : *L'équilibre, standard du droit des contrats administratifs* (Th. Lyon 2, 2006) ; avec une lecture comparatiste, N. Guillet : *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français* (UGDJ, 2015). V. cependant, N. Smeetsova : « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » (M.R. Richter, UGDJ, 2013, p. 443). De plus, A. Rousso, A. Huz : *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision* (UGD 2004, p. 1577). V. aussi, relativisant la prétendue supériorité de la puissance publique dans les relations contractuelles, F. Mollard : *Déséquilibres contractuels* (UGD 2014, p. 1793).

68. GADM n° 29.

69. L. Doum : *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désastre* (RFDA 2010, p. 937).

2000⁷⁰], même si l'introduction de clauses de variation ou de révision de prix dans les contrats [à l'instar des clauses de « *hardship* » des contrats commerciaux internationaux⁷¹] en a sensiblement réduit l'intérêt. Cette pérennité a d'ailleurs justifié l'inscription de l'imprévision parmi les cinq principes d'exécution des contrats administratifs de la commande publique [CCP, art. L. 6, 3^e].

Il faut ajouter que les directives du 26 février 2014 [dont l'une des innovations majeures consiste à « montrer » sur l'exécution des contrats, alors que le droit de l'Union européenne ne concernait jusque-là quasiment que leur passation] s'intéressent à la modification des contrats et tendent, en bref, à l'encadrer plus strictement qu'avant. Ceci devrait avoir, entre autres effets, celui de pousser les parties à stipuler des clauses permettant de faire évoluer le contrat [dites « clauses de réexamen »], qui réduiront le champ de l'imprévision par un effet de vases communicants. Cette préoccupation pour la sécurité des relations contractuelles inspire logiquement le Code de la commande publique, toute modification étant en principe valable lorsqu'elle a été prévue « dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen » (V., pour les marchés publics, CCP, art. R. 2194-1).

191. Quoi qu'il en soit, le principal fondement de l'imprévision réside dans la continuité du service public : si l'administration aide financièrement son cocontractant, c'est pour que la relation contractuelle ne soit pas interrompue et que, de la sorte, le service soit toujours assuré. C'est dire que cette théorie n'a de sens qu'à l'égard des contrats en lien [plus ou moins direct] avec le service public : les concessions de service public, au premier chef ; mais aussi les autres contrats – notamment, les marchés – dont l'exécution est nécessaire à la bonne marche des services. L'imprévision intègre également des considérations d'équité, le juge administratif allouant quelquefois une indemnité après la fin du contrat [par ex., CE, 10 févr. 2010, Sté Prestaction⁷²]. La continuité ne se trouve, alors, plus en jeu ; mais il est juste d'indemniser l'entreprise qui a tout fait pour exécuter le contrat.

192. L'application de la théorie de l'imprévision est conditionnée par la réunion de quatre éléments. L'événement – quel qu'il soit [financier, naturel, politique ; cataclysmes, conflits armés, etc.] – doit, d'abord, être imprévisible au moment de la conclusion du contrat ; la hausse « raisonnable » du prix d'une matière première n'est donc pas constitutive d'imprévision⁷³.

70. S. Asselain, B. et Y. Saurez : Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux [AJDA 2004, p. 2192].

71. M. Audebaud : *Le hardship dans le droit du commerce international* (Bruylants, 2007) ; S. Bourauel, L. Boucrau : *Le changement de circonstances dans les contrats internationaux. La force majeure Hardship* (IPAF, 2013) ; R. Al Achour : *Réadaptation des contrats. Hardship et amende compensation* (LGDJ/Pont Delta, 2017).

72. CM 2010, n° 52, note Bierry ; RGJ 2010, p. 246, note Nicollius.

73. Par ex., relativement à la hausse du cours du pétrole dans les années 2000 : CAA Nancy, 27 juin 2011, Sté Eutelsat Champagne (CAMP 2011, n° 145, note Devuogo). De même,

[contrairement à une flambée soudaine des cours]. Il en va de même du développement des jeux en ligne et de l'interdiction de fumer dans les lieux publics⁷⁶. Il doit, ensuite, s'agir d'un véritable bouleversement de l'économie du contrat : ce n'est pas une simple modification des conditions d'exécution, l'un de ces aléas normaux qu'implique toute relation contractuelle [et qui doit, en conséquence, être supporté par le cocontractant] ; mais une aggravation considérable des conditions d'exécution, qui rend cette dernière très difficile sans aide de l'administration. L'événement doit, en troisième lieu, être extérieur aux parties et étranger à leur volonté [aussi les agissements de l'administration contractante ne sauraient-ils donner lieu à compensation au titre de l'imprévision]⁷⁷. La situation d'imprévision doit, enfin, rester temporaire ; faute de quoi, c'est plutôt un cas de « force majeure administrative », qui justifie la résiliation du contrat [CE, 9 déc. 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*⁷⁸].

193. En conséquence de la situation d'imprévision, l'administration prend à sa charge l'essentiel de l'aléa économique. Concrètement, elle verse à l'entrepreneur qui poursuit l'exécution du contrat contre vents et marées une indemnité [liée à l'amiable ou, faute d'accord, par le jugé correspondant à environ 90% des charges extracontractuelles]. L'indemnité ne couvre pas l'intégralité de ces dernières, parce que la personne publique demeure étrangère au bouleversement et que le contrat ne saurait affranchir l'entreprise de tout risque [qu'il s'agisse des risques d'exploitation dans les concessions de service public ou des risques qu'assument les entrepreneurs dans les marchés à prix forfaitaire]. Il paraît donc normal que le cocontractant supporte cette fraction à minima [à l'instar de la « franchise » des contrats d'assurance, qui correspond au risque incompressible supporté par l'assuré].

194. Le droit administratif, qui emprunte souvent au droit civil, a peut-être constitué en la matière une source d'inspiration tardive⁷⁹. La jurisprudence du Conseil d'État fut très en avance sur celle de la Cour de cassation, qui faisait classiquement prévaloir le principe *Pacta sunt servanda* et l'ancien article 1134 du Code civil sur la révision des contrats pour imprévision [V. la fameuse affaire du canal de Craponne : *Cass. civ., 6 mars 1876*, de

L'imprévision ne peut servir à absorber les surcoûts liés à un indice de révision des prix prévu au contrat qui n'est révélé inadapté [V. à propos du prix de l'acier : CAA Bordeaux, 3 mai 2011, *Sal Gagné*, n° 108301996].

76. CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Sal Casino de Lamalou-les-Bains* [COPA 2014, 229, concl. Feuer].

77. A contrario, un concessionnaire ne pourra réclamer une indemnité d'imprévision lorsqu'une baisse d'exploitation de 16% n'est pas directement liée aux circonstances imprévisibles, mais résulte essentiellement de la fragilité financière de l'exploitant et des conditions de la délégation [CE, 21 oct. 2010, *Sal Alliance* [CMF 2020, n° 13, note Boucic], COPA 2019, Art. 692, obs. Bourard].

78. *Rer.* p. 1058, concl. Joss.

79. Autour de la question, F. Chivatoz : *Les emprunts de droit privé au droit public en matière contractuelle* [JUD 2009, p. 920].

Gallifet⁷⁸). Cette dernière position, souvent critiquée en doctrine, s'est sensiblement assouplie dans la période contemporaine pour ménager une place à l'idée d'imprévision⁷⁹, largement reçue à l'étranger (Allemagne, Royaume-Uni, Italie) et dans le droit du commerce international (principes Unidroit, principes de droit européen des contrats, jurisprudence arbitrale). Encore la portée de ce phénomène de convergence ne saurait-elle être exagérée, l'imprévision au sens du droit privé renvoyant à la révision judiciaire du contrat en cas de refus ou d'échec d'une renégociation⁸⁰.

2. L'indemnisation de l'aléa administratif (théorie du fait du prince)

195. Il n'y a sans doute pas, en droit des contrats administratifs, de théorie dont le périmètre soit aussi controversé (car c'est la doctrine, plus que le juge, qui parle de « fait du prince »). Cette formule, aux airs d'Ancien Régime, renvoie à une ligne de jurisprudence – sans véritable arrêt de principe – en vertu de laquelle le cocontractant de l'administration peut obtenir l'indemnisation des conséquences d'un comportement ou d'une décision de la personne publique qui lui cause préjudice (raison pour laquelle les auteurs évoquent, en général, un aléa administratif). L'expression « fait du prince » n'a pas le sens qu'elle reçoit en droit privé, où elle désigne une modalité de la force majeure, qui exonère le débiteur de sa responsabilité⁸¹.

196. La question discutée en droit administratif intéresse le point de savoir si le fait du prince correspond : 1) à toutes les interventions des personnes publiques bouleversant l'économie du contrat (*lato sensu*) ; 2) aux interventions de la personne publique partie au contrat, qu'elle agisse indifféremment en qualité ou en une autre qualité, notamment en tant qu'autorité de police (*stricto sensu*) ; 3) ou aux interventions de l'administration contractante, prise uniquement en une autre qualité (*strictissimo sensu*). S'il existe sur le sujet presque autant de positions que d'auteurs, la jurisprudence paraît accréder l'hypothèse intermédiaire, ce qui emporte notamment comme conséquence que la modification unilatérale et la résiliation dans l'intérêt général [V. plus loin] doivent être rattachées aux cas de fait du prince.

78. D. 1893, I, p. 193; *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (Dalloz, 13^e éd., 2015, T. 2, n° 145).

79. L'Anis: *L'imprévision en droit privé* (RJ/com, 2005, p. 397).

80. Telle est la signification de l'imprévision retenue à l'occasion de la réforme du droit des contrats, réalisée par l'ordonnance n° 2014-131 du 10 Mars 2014 et codifiée à l'article 1195 du Code civil. V. not., auparavant, E. Lasser: *L'imprévision. Thème comparé droit public-droit privé des contrats* (L'Harmattan, 2016); J. Denon: *La mutabilité née de faits nouveaux extérieurs aux parties* (AFDA 2004, p. 80). V. aussi, L. Tissot: *Le contrat face à l'imprévision* (Economica, 2011).

81. A.-C. Auri: *Le «fait du prince» en droit privé* (MLDC 2008, n° 47, p. 71). V. toutefois, F. Lemoine: *Le fait du prince: convergences du droit privé et du droit public* (JCP G 2004, I, 179).

197. Susceptible de jouer pour tous les contrats administratifs, la théorie du fait du prince consacre l'existence d'une responsabilité administrative sans faute, dont l'engagement est conditionné par la preuve d'un préjudice anormal et spécial. Elle aboutit, le cas échéant, à une réparation intégrale dudit préjudice par le versement de dommages et intérêts (alors que l'indemnité d'imprévision ne présente pas cette nature et ne procède pas d'une responsabilité administrative). Mais la jurisprudence montre que, souvent, les mesures prises par l'administration sont de portée trop générale pour que le cocontractant puisse en bénéficier.

198. La théorie du fait du prince est donc, en bonne part, un «sabre de bois» : son utilité pratique paraît mince. Sa valeur explicative ne l'est pas moins, compte tenu des désaccords relatifs à son champ d'application. Le «fait du prince» – qu'il faut plus tenir pour une convention de langage que pour une authentique théorie –, désigne simplement ce fait que la responsabilité sans faute de la puissance publique à raison de décisions ou d'agissements légaux joue [notamment] au profit du cocontractant.

3. L'indemnisation de l'aléa technique (théorie des sujétions imprévues)

199. Moins emblématique que les précédentes, cette théorie – dont le périmètre s'avère beaucoup plus étroit (elle ne concerne que les contrats ayant pour objet la réalisation de travaux publics) – est pourtant importante en pratique ; elle se trouve souvent invoquée par les entrepreneurs dans les marchés de travaux publics. Les sujétions imprévues consistent en tout type de difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution (intempéries, structure particulière du sol ou du sous-sol, etc.). Si elles présentent un caractère exceptionnel et imprévisible lors de la conclusion du contrat, qu'elles sont extérieures aux parties et qu'elles entraînent des surcoûts anormaux, l'entrepreneur qui a poursuivi l'exécution du marché a droit à l'indemnisation intégrale des charges imprévues qu'il a supportées, alors même qu'aucune clause ne l'aurait envisagée. Cette garantie financière peut néanmoins s'avérer décevante en raison des modalités d'appréciation du bouleversement économique qui, même pour un sous-traitant, s'évalue au regard du montant total du marché public et non de celui de la partie sous-traitée⁸².

C. L'adaptation du cadre contractuel

200. Le contrat administratif entretenant souvent un lien avec le service public, son adaptation est comme l'ombre portée du principe de mutabilité du service. Au-delà, les nécessités de l'intérêt général peuvent justifier une

^{82.} CE, 1^{er} juil. 2015, *Règle des eaux du canal de Belœil* (CMR 2015, n° 235, note Paris, JOPA 2015, 2328, note Lefort).

adaptation du cadre initial pour tout type de contrat administratif⁸³, un tel ajustement s'effectuant de manière unilatérale ou par accord des parties. Cette seconde hypothèse est parfois négligée par l'attention traditionnellement portée aux prérogatives de l'administration contractante, mais elle est une traduction remarquable du consensualisme qui appelle une vigilance tout aussi forte au regard des exigences concurrentielles⁸⁴.

1. La modification du cadre

a) Par voie unilatérale

201. Alors que les contrats de droit privé ne sauraient évoluer sans accord entre les parties [hors causes légales : Code civil, art. 1193], les contrats administratifs peuvent être modifiés unilatéralement par les personnes publiques⁸⁵. Si l'existence de ce pouvoir a été reconnue relativement tôt (CE, 21 mars 1910, *Cie générale française des tramways*⁸⁶), son fondement est longtemps resté discuté ; certains auteurs (L'Huillier, Bénard) y voyaient la conséquence de textes tandis que d'autres (de Laubadère) considéraient qu'il existe en tout état de cause. Le dernier point de vue a finalement prévalu en jurisprudence (CE, 21 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*⁸⁷) et il est maintenant consacré par le Code de la commande publique (CCP, art. L. 6, 4^e).

202. Ce pouvoir exorbitant ne peut [bien entendu] être mis en œuvre que pour un motif d'intérêt général. La modification donne lieu à une compensation financière intégrale, couvrant tant le préjudice subi que le manque à gagner⁸⁸. Elle ne saurait atteindre le « cœur » du contrat, l'idée étant que la modification doit rester raisonnable⁸⁹ (sauf quoi, l'on sort totalement du cadre initial et le cocontractant a le droit de demander au juge la résiliation du contrat) : y échappent l'objet [sinon, les règles de publicité et de mise en

83. V., M. Usseau-Bouvier : *La modicité du contrat administratif* (Th. Montpellier, 2004); H. Hoermann : *La modification du contrat administratif* (LGDJ, 2009); L. Souciet : *Le contrat administratif réglementé* (LGDJ, 2017). V. aussi, H. Hoermann : *La modification des contrats* (RFDA 2014, p. 288).

84. Un regain d'intérêt pour les difficultés touchant aux modifications contractuelles se manifeste en doctrine. V. par ex., V. Bourdin et D. Ricoult dir. I. L'écriture des contrats administratifs (Le Moniteur, 2018) ; dossier « Modifications des contrats en cours d'exécution » (Contrats publics juv., 2018). Et, auparavant, dossier « Modifications des contrats publics : mode d'emploi » (Contrats publics sept., 2015).

85. Le refus de mettre en œuvre les modifications unilatérales décidées par l'administration justifie la résiliation du contrat pour faute du cocontractant IV., à propos d'une délégation de service public : CE, 27 oct. 2010, Synd. intercomm. des transports publ. de Cannes et autres : BUOP 2010, p. 417, cond. Daoust, p. 423, obs. Meunot ; CMF 2011, n° 7, obs. Zel. son).

86. GAMI n° 20.

87. Rec. p. 33 ; RDP 1984, p. 212, note Aude ; RFDA 1984, p. 45, note Lhuillier.

88. F. Luorenzo : *Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs* (RFDA 1984, p. 45).

89. V. sur ce point – notamment –, G. Kuntzsch : *Le raisonnable dans les contrats publics* [in S. Tresso (dir.) : *Le raisonnable en droit administratif*, L'Epîtrege, 2016, p. 47].

concurrence seraient vidées de leur portée et le volet financier du contrat (avec, toutefois, des nuances. V., pour une délégation de service public : CE, 2 Mvr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc. Pour un contrat domanial : CE, 5 mai 2010, *Bernard*⁹²).

b) Par voie d'avenants

203. En dépit des garanties dont il est entouré, l'exercice du pouvoir de modification unilatérale n'est pas forcément bien accepté par le cocontractant. C'est pourquoi l'adaptation du contrat s'effectue souvent par le biais d'avenants, qui sont des contrats ayant pour objet la modification du contrat initial (avenants rendus d'autant plus nécessaires, quand celui-ci est de longue durée⁹³).

204. Les deux principales questions – qui se trouvent posées et sont liées – concernent, d'une part, les modalités de conclusion des avenants, d'autre part, l'objet sur lequel ils peuvent (ou non) porter⁹⁴. S'agissant du premier point, permettre la conclusion d'avenants sans publicité ni mise en concurrence lorsque le contrat d'origine y est soumis fait courir le risque de vider d'une partie de leur intérêt les obligations de transparence. Mais soumettre l'avenant à ces obligations n'aurait aucun sens (les deux contrats doivent naturellement être conclus avec la même entreprise). C'est pourquoi le principe est que l'avenant y échappe, moyennant un garde-fou (qui renvoie au second point) : son importance doit rester limitée, sans quoi il s'agirait d'un nouveau contrat, soumis à une mise en concurrence⁹⁵.

205. Concrètement, l'avenant se situe dans un espace intermédiaire, car il ne doit être «ni tout à fait le même ni tout à fait un autre». Son objet ne peut être identique à celui du contrat-source (sinon, il serait inutile), mais il

92. *JGCP* 2010, p. 264, concl. *Escaut*, obs. *Mauzé*; *CMP* 2010, n° 260, note *Ecker*; *JCPA* 2010, n° 39, p. 17, note *Couti*; *RJEP* déc. 2010, p. 19, note *Chauvin-Hom*.

93. Sur la question, L. *Sarrazin*, R. *Coriou*: *Avenants aux concessions d'aménagement : «Myélatérité» versus stabilité* ; *Carref. Orléans*, déc. 2011, étude 141; F. *Lumière* : «Les avenants aux obligations de service public entre droit national et droit communautaire» (*MEF*, *Fondation Dalloz*, 2011, p. 269); J.-M. *Premouz* : «Les avenants aux contrats publics» (*Le Moniteur*, 2005); «Les avenants, source d'unification du droit des contrats publics» (*MEF*, *dubief*, *PU Montpellier*, 2006, T. 1, p.825); D. m. *Perrin* : «L'avenant dans les contrats administratifs» (*Th. Aix-Marseille 3*, 2003); E. *Farber* : «Les avenants» (*ALGA* 1998, p. 767); P. *Lacours-Luximon* : «Les avenants : observations complémentaires» (*ALGA* 1998, p. 767); Comp., en droit privé, S. *Piaget* : «L'avenant au contrat IRIS», 2010.

94. Si l'on évoque historiquement celle portant sur la compétence pour signer les avenants, l'on signalera pour mémoire que, n'agissant des collectivités locales, les assemblées délibérantes – compétentes pour décider la conclusion des contrats – le sont en conséquence pour décider celle d'avenants. La commission d'appel d'offres est consultée pour les avenants entraînant une augmentation du montant des délégations de service public d'au moins 5% (ICRCT, art. L. 1411-4).

95. Ainsi, la réalisation d'ouvrages de raccordement à une autoroute ne saurait être confiée par avenant au titulaire de la concession d'autoroute sans mise en concurrence : CE, avis 16 mars 2010 (*CMP* 2011, n° 302, note *Zuccari*; D4 oct. 2011, p. 39, note *Pezzi*).

ne doit pas être substantiellement différent, sous peine d'ilégalité⁹⁴. L'avenant ne saurait changer l'objet du contrat initial ; il ne peut pas non plus en bouleverser l'économie (CE, 9 mars 2010, *Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*⁹⁵), lui faire franchir un seuil financier au-delà duquel la procédure de passation suivie aurait été différente, etc.

206. Il y a inévitablement une part d'incertitude quant au point de savoir à partir de quel moment l'on bascule du licite dans l'illicite (part qui peut, toutefois, être réduite par les textes⁹⁶). À titre d'exemple, certains domaines skiables sont gérés par des concessionnaires qui ont vu leur contrat prolongé par avenant pour une durée importante (à Méribel (Savoie), une délégation de service public passée en 1991 a ainsi été prolongée en 2013 pour quinze ans par avenant, modifié depuis lors pour nouvelle prolongation...), ce qui s'analyse – si les mots ont un sens – comme une modification substantielle (illégalement en dehors de cas strictement définis⁹⁷). La licéité de maints « avenants prolongatoires » fait, plus largement, débat.

2. L'encadrement de la modification

207. Le droit de l'Union européenne limite la possibilité de modifier le contrat, ce qui affecte à la fois le pouvoir de modification unilatérale et le recours aux avenants. La Cour de justice avait assimilé toute modification substantielle du cadre conventionnel d'origine à un nouveau contrat, appelant une procédure de mise en concurrence (CJCE, 17 juin 2008, *Pressetext*⁹⁸). Les directives du 26 février 2014 ont apporté de nouveaux éléments (art. 43 de la directive « Concessions » ; art. 72 de la directive « Marchés ») : elles

94. V. par ex., à propos d'un avenant au marché de maîtrise d'œuvre du chantier des Halles, qui bouleversait l'économie du contrat initial : TA Paris, 4 janv. 2012, Préf de Paris (AJDA 2012, p. 126, obs. Gossel).

95. AJDA 2010, p. 1106, note Hornecker ; BJCP 2011, p. 254, *cascl*, Poussens ; CMP 2010, n° 120, note Escoffier ; JCPA 2010, 2199, note Vua. Le litige portait sur la modification d'une délégation de service public de transport par navettes hippomobiles pour l'accès au Mont-Saint-Michel, qui augmentait les recettes du délégataire de plus d'un tiers, bien au-delà de la compensation de ses nouvelles obligations (clause tarifaire également analysée comme une modification substantielle et annulée par le jugé).

96. V. invent son dérogation, sur le recours aux avenants dans les concessions de Navette, décr. n° 2010-466, 26 avr. 2010, art. 13 (pour une application aux concessions autoroutières, CE, avis 21 juin 2011 : rapport publ. 2012, p. 302) ; CMP oct. 2012, p. 4, étude Hornecker. Sur l'impact des propositions de directives n° 2011-896 et n° 2011-897, F. Lassere, P. Soulié-Courtois : *Quel sera le droit communautaire réservé à-lui aux avenants aux marchés publics et aux concessions ?* (CMP juin 2012, p. 11).

97. V. DE, avis 17 juil. 2005 relatif aux remontées mécaniques (rapport publ. 2006, p. 197) ; AJDA 2006, p. 1371, comm. Séauvageot et Picard ; BJCP 2006, p. 145 s., note Sowann, obs. Tousaint, p. 327 s., *comm.* Escoffier ; CMP décr. 2006, p. 6, étude Hornecker. Pour une présentation optimale de l'état du droit postérieur à 2014, S. Blaauw : *La gestion des remontées mécaniques déléguée au secteur privé* (in *Les remontées mécaniques et le droit*, collectif, Lextenso/PU Savoie, 2019, spéc. pp. 309 s.).

98. Préc. n° 170. Pour un exemple postérieur, CJUE, 19 avr. 2010, Wahl AG (Rec. I, p. 2915 ; AJDA 2010, p. 946, *chron.* Auzier, Bouscar et Dossat) ; BJCP 2010, p. 259, note Mousset ; CMP 2010, n° 333, note Zanetti ; DM 2012, n° 109, note Nicoullon ; RPD 2011, p. 98, note Hornecker).

assouplissent cette jurisprudence en établissant une liste de modifications non substantielles autorisées sans mise en concurrence ; mais elles imposent dans certains cas une publicité au *Journal officiel de l'Union européenne* des modifications en cause. Elles fixent d'autre part des seuils précis, au-delà desquels les modifications sont jugées substantielles et appellent, de ce fait, une remise en concurrence (10 à 15 % de la valeur initiale, selon le type de contrat). Ces dispositions détaillées offrent donc plusieurs facultés de modification aux parties, sans jamais permettre de changer la nature globale de l'objet contractuel.

Les textes d'application encadrent la matière à plusieurs égards¹⁰¹. Ils établissent dans la ligne des directives une liste limitative des cas dans lesquels le contrat peut être modifié¹⁰² (notamment, sous les seuils précités. V., pour les marchés publics, CCP, art. R. 2194-8) ; ils plafonnent dans certaines de ces hypothèses le montant de la modification (au maximum 50 % du marché initial : CCP, art. R. 2194-3). Tous ces éléments aboutissent à encadrer les possibilités de modification dans des conditions plus strictes que celles issues de la jurisprudence nationale antérieure. Et le juge administratif se montre progressivement plus vigilant en associant deux niveaux de contrôle de la modification : ils touchent tant son ampleur dans l'économie du contrat que ses effets sur le marché concurrentiel¹⁰³.

D. Le temps du contrat

208. La relation du contrat administratif au temps peut être appréhendée sous des angles variés (pénalités de retard, etc.). Seront considérées ici deux questions essentielles : la durée¹⁰⁴ (juridiquement distinguée des délais d'exécution) et la fin du contrat.

1. La durée du contrat

a) Le « temps de jeu »

209. Comme en droit privé¹⁰⁵, le principe est la libre détermination de la durée du contrat par les parties. Plus loin, il arrive – exceptionnellement –

101. V., avant la codification, le décret « Concessions » du 1^{er} février 2014, art. 36 s. et le décret « Marchés » du 29 mars 2016, art. 109 s. (les ordonnances « Marchés » du 23 juillet 2015 et « Concessions » du 29 janvier 2016 ayant renvoyé la question au pouvoir réglementaire).

102. Cette liste comporte précisément six hypothèses de modifications autorisées : les modifications prévues initialement ; les prestations devenues nécessaires ; les circonstances imprévues ; le changement de titulaire ; les modifications non substantielles ; les modifications de faible montant (V., pour les marchés, CCP, art. L. 2194-1 ; pour les concessions, CCP, art. L. 2195-1).

103. V. not., CE, 18 nov. 2017, One d'Aix-en-Provence et SEMERA 18/JCOP 2018, p. 32, cecid. Houssier, CMF 2018, n° 15, note Paris ; JCOP 2017, 2320, note Chauvin-Huet et Lisonne ; ADP 2018, p. 106, note Foucault).

104. V., P. Tournier, *La durée des contrats (RFD4 2016)*, p. 276. Sur les conséquences pratiques, V. not. dossier « Durée des contrats publics » (Contrats publics juin 2015).

105. Principe valable sous la principale réserve des engagements perpétuels, qui sont prohibés IC, ch. art. 1210. V., n° 5.

qu'un contrat administratif n'ait pas de durée déterminée¹⁰⁴ (contrats de recrutement d'agents publics non titulaires, d'une durée normale de trois ans renouvelable une fois, quand une loi le prévoit explicitement¹⁰⁵; pour certains emplois fonctionnels de la fonction publique territoriale¹⁰⁶; ou conventions d'occupation du domaine public, parfois et même sans texte¹⁰⁷).

210. Mais la spécificité des contrats administratifs tient aux très nombreuses atteintes à cette liberté, à telle enseigne que le principe apparaît quelque peu théorique : il y a, sinon un « temps réglementaire » au sens sportif de l'expression, en tout cas un « temps réglementé ». De telles exceptions s'expliquent à la fois par des raisons historiques (la volonté d'éviter les concessions d'une durée trop longue, comme il en existait sous l'Ancien Régime) et sur le terrain de la concurrence (plus la durée est longue, moins les droits qui sont l'objet du contrat se trouvent régulièrement remis en jeu, ce qui est économiquement malaisin : les cartes n'étant pas rebattues, des situations privilégiées se constituent au profit de deux possédentes qui risquent d'en abuser).

211. On donnera trois illustrations de cet encadrement à géométrie variable.

212. La durée des marchés publics fait l'objet d'un cadrage temporel. Cette limitation imposée figure même parmi les principes communs à l'ensemble des contrats de la commande publique (CCP, art. L. 5). D'une manière générale, « La durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique » (CCP, art. L. 2112-5). D'une façon plus précise, « La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues » (CCP, art. L. 2213-2), étant entendu que la référence à la durée d'amortissement est un standard dans tous les contrats impliquant des investissements importants, quelle que soit leur dénomination. Enfin, la durée de certains marchés fait l'objet d'une limitation (par ex., trois ans pour ceux réservés à des acteurs de l'économie sociale et solidaire : CCP, art. L. 2113-16).

104. F. Mourau : « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée » (M. Richer, LODJ, 2013, p.211); V. plus généralement, C. Cuivrent : *La durée des contrats publics* (Fn. Toulouse, 2019).

105. Par ex., pour les salariés d'entreprises reprises en régie par une personne publique sous la forme d'un service public administratif : loi n° 2005-843, 26 juillet 2005, art. 20. Sur la question de la régularisation d'un CDI illégal, CE, 15 juil. 2012, 69164 Lavage (A, OJ 2012, p. 1191, obs. et Mourau), V. M. Hiltz : *Les critères du contrat à durée indéterminée dans la jurisprudence administrative* (Et. social 1994, p. 775).

106. CE, 30 sept. 2015, Cite d'agglo Côte Basque-Adour (BUCL 2016, p. 35, corci. Diouza, note Juvon), DM 2015, n° 77, note (Bac et Arras).

107. V. CCPRP, art. L. 2123-2 (l'indétermination de sa durée n'entache pas la convention de nullité - CE, 5 févr. 2009, Assoc. SM centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes : GDDAB, n° 19).

213. La durée des concessions est strictement encadrée, comme l'était déjà celle des délégations de service public avant les dernières réformes du droit de la commande publique¹⁰⁸. Si l'il n'existe pas de durée minimale [CE, 4 juil. 2012, *Cté d'agglo. Chartres Métropole*¹⁰⁹], la question en pratique est celle de la « limite haute ».

En premier lieu, selon l'article L.3114-7 du Code de la commande publique, « [La durée] est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire ». Les dispositions réglementaires précisent la signification de la notion d'investissements : ils comprennent ceux initialement effectués et ceux devant être nécessairement réalisés pendant l'exécution du contrat [CCP, art. R. 3114-7]. Une attention particulière est réservée aux concessions supérieures à cinq ans, qui se manifeste par une plus grande fermeté dans la détermination de la durée, laquelle ne doit pas dépasser la durée d'amortissement des investissements [CCP, art. R. 3114-2]¹¹⁰.

En deuxième lieu, la durée des concessions ne peut normalement dépasser vingt ans dans certains domaines (eau potable, assainissement, ordures ménagères et autres déchets) [CCP, art. L.3114-8]. Le Conseil d'État avait auparavant jugé que cette dernière limitation s'appliquait aussi aux délégations conclues avant l'entrée en vigueur de la loi « Barnier » n°95-101 du 2 février 1995, qui avait introduit ce plafond [CE, 8 avr. 2009, *Cte d'Oliver*¹¹¹].

Enfin, d'autres plafonds peuvent découler de textes régissant des secteurs particuliers. Ainsi, les conventions d'aménagement touristique en zones de montagne, qui englobaient notamment les contrats d'exploitation des remontées mécaniques, ne devaient pas excéder trente ans selon la loi Montagne n° 85-30 du 9 janvier 1985 (art. 42, aujourd'hui abrogé : l'article L. 342-3 du Code du tourisme se réfère maintenant juste à la modulation de la durée en fonction des investissements). En tout état de cause, une durée excessive peut justifier la résiliation unilatérale d'une délégation de

108. V., n'agissant de l'ancienne version de l'art. L.1411-2 du CGCT issues de la loi dite « Sapin I » n°90-122 du 29 janvier 1990, art. 40, J.-F. Auri : La durée des conventions de délégation de service public [JPM 1990, n°32]; P. Dobaïns : Les concessions à durée endogène [D4 mai 2006, p.4]. Plus largement, S. Nicoux : La délégation de service public et le temps [AUDA 2013, p. 1447].

109. BJC 2012, p. 426, concl. Boussac, obs. Schwartz ; CCP 2012, 2088, note Vieux. V. aussi TA Bastia, ord. 25 juil. 2013, 5e La Méditerranée [CMP 2013, n° 349, note Escoff].

110. V., assuré la réforme du droit de la commande publique, J.-B. Vieux : Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs [R. Hammouche, 2014] ; F. Lapeyre : La place de l'amortissement en droit administratif [AUDA 1996, p. 100]. Le déléguéant a droit à indemnisation quand la durée du contrat est inférieure à la durée d'amortissement des investissements [CE, 4 juil. 2012, *Cté d'agglo. Chartres Métropole*, préc.]

111. S. Nicoux : L'arrêt Communauté d'Oliver et les distributeurs d'eau [AUDA 2009, p. 1767] ; G. le Chatelier : Qu'en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Communauté d'Oliver ? [AUDA 2013, p. 1072]. V. aussi Contrats publics, CPACCP n° 109, avr. 2011, étude Chauvin et Nicoux ; Contrats publics CPACCP n° 113, sept. 2011, étude Dusaus et Li Chauvin. Pour une application, CAA Nancy, 17 janv. 2013, 5e Viendi [CMP 2013, n° 10, note Escoff].

service public pour motif d'intérêt général [CE, 7 mai 2013, *Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne*¹¹²].

214. La durée des contrats domaniaux est systématiquement encadrée par les textes lorsqu'ils attribuent un droit réel au cocontractant : le bail emphytéotique administratif dure de 10 à 99 ans (Code rural et de la pêche maritime, art. L. 451-1, auquel renvoie l'art. L. 1311-2 du CGCT) ; un maximum de 70 ans est fixé pour les droits réels sur le domaine public national (CGPPP, art. L. 2122-6) et pour les autorisations attributives de droit réel sur le domaine public local (CGCT, art. L. 1311-5-II). Mais les autres contrats domaniaux – attribués de simples « droits personnels » – échappent à ces limitations.

b) Les « prolongations »

215. Il peut y avoir prolongation par reconduction explicite (cas où, à l'issue de la durée normale du contrat, les parties choisissent de le renouveler. S'ensuit la conclusion d'un nouveau contrat, dans les termes de l'ancien et selon la même procédure [les obligations de transparence devant être prises en compte], par voie d'avertissements (sous réserve, on le sait, qu'elle ne s'analyse pas comme une modification substantielle imposant la conclusion d'un nouveau contrat¹¹³), la question de la tacite reconduction méritant également d'être posée.

216. Une première interrogation concerne la possibilité même d'une prolongation. Si celle-ci apparaît envisageable, c'est sous d'importantes réserves. La reconduction peut ne pas avoir de sens, notamment quand la prestation est déjà exécutée. Il arrive, ensuite, que les textes interdisent la « reconduction à l'identique » : le Code général de la propriété des personnes publiques prohibe ainsi la reconduction des contrats domaniaux attributifs de droit réel au-delà de 70 ans (CGPPP, art. L. 2122-6) ; le Conseil constitutionnel (n°R-346 DC, 21 juillet 1994¹¹⁴) a, en effet, exclu que le titre puisse être renouvelé en attribuant une seconde fois un droit réel (sans quoi, ce serait quasiment un transfert de la propriété du bien, contraire au principe d'inaliénabilité du domaine public). Un autre exemple de limitation concerne les concessions. Avant 2016, l'ancien article L. 1411-2 du CGCT limitait drastiquement la prolongation des délégations de service public. La directive « Concessions » du 26 février 2014, l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016 ne l'ont pas fait (ces textes ne comportent aucune disposition sur la prolongation du contrat). Le Code de la commande publique s'est inscrit dans cette ligne en laissant implicitement ouvertes les facultés de prolongation, lesquelles apparaissent seulement au titre du calcul de la valeur de la concession (CCP, art. R. 3121-2). Reste que prolonger

112. AJDA 2013, p. 951, obs. Pourtau; AJDA 2013, p. 1271, chron. Domon et Bouchardou; JCPA 2013, Art. 452 et JCPA 2013, Art. 571, obs. Etienne.

113. V. n° 293 s.

114. 6004AB, n° 65.

la durée revient à modifier le contrat ; s'appliquent, en conséquence, les limitations évoquées à propos du pouvoir de modification. En bref, une prolongation ne doit pas s'analyser comme une modification substantielle, car alors elle appelle une remise en concurrence ; de sorte qu'elle doit demeurer limitée (ceci, sous le contrôle éventuel du juge).

217. Une seconde question concerne la légalité de la tacite reconduction. Que cette pratique soit fréquente ne signifie pas qu'elle est forcément licite, pour plusieurs raisons. Jusqu'à une époque relativement récente, elle n'était légale que dans les cas, de plus en plus rares, où le contrat d'origine échappait à toute procédure de publicité et de mise en concurrence ; illégale, dès lors, dans la plupart des hypothèses [V, à propos d'un marché public : CE, 29 nov. 2000, *Cne de Paita*¹¹⁵]. À cela s'ajoutent des éléments variés qui en limitent le champ. L'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime l'exclut explicitement, pour les baux emphysiotiques (donc, pour les BEA, puisque l'article L. 1211-2 du CGCT y remet) ; il en va logiquement de même pour les autres titres domaniaux, dont la jurisprudence exclut la délivrance tacite (CE, 21 mars 2003, *SUPPEREC*¹¹⁶ ; CE, 19 juin 2015, *Sif immobilier du port de Boulogne*¹¹⁷) ; et il en va à fortiori ainsi, dès lors que leur attribution est désormais soumise – dans la plupart des cas, on le sait – à une procédure de mise en concurrence [cf. CJUE, 14 juill. 2014, *Promoimpresa et ord. n° 2017-562 du 19 avril 2017*¹¹⁸]. Quant aux contrats de recrutement d'agents publics non titulaires, ils ne peuvent (sauf loi contraire) être reconduits tacitement.

218. La rigueur de ces règles doit néanmoins être tempérée. D'une part, l'ilégalité de la clause de tacite reconduction n'aboutit pas nécessairement à l'ilégalité du contrat¹¹⁹. D'autre part, les règles applicables aux marchés publics ont été assouplies depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011¹²⁰ (art. 5). Alors qu'antérieurement, et dans le sillage de l'arrêt *Cne de Paita*, l'article 16 du Code des marchés publics interdisait les clauses de tacite reconduction, ledit décret a réécrit cette disposition et inversé le principe : la reconduction des marchés publics est dorénavant tacite, sauf stipulation contraire¹²¹. Reprise par le décret « Marchés » du

115. Rec. p. 574. Plus récemment : CE, 18 oct. 2012, *Cne de Bain-Makaut* (BUJP 2013, p. 27, ced. *Dassier*, obs. Nicolas, Yves, *Supplément, L. Roche : Sur la tacite reconduction des marchés publics* (AJDA 2011, p. 279)).

116. GD048, n°54. La tacite reconduction est parfois expressément écartée (CGPPP, art. R. 2113-5).

117. Préc. n°115.

118. Préc. n°150.

119. Compte tenu de la jurisprudence Maroukian, citée infra fn°3001 : CE, 29 mai 2011, *Opr de la Bourse* (AJDA 2011, p. 1564, note Zeev).

120. BUJP 2011, p. 398, comm. Thomas ; dossier CMF oct. 2011 ; RLCT oct. 2011, comm. Causa.

121. Cette évolution est supposée constituer, sur le terrain de la mise en concurrence, une opération blanche : en effet, l'article 16 al. 2 disposait déjà que la mise en concurrence initiale devait être réalisée en tenant compte de la durée totale du contrat.

25 mars 2016, une telle solution est à présent codifiée en ces termes : « 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 sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer » (CCP, art. R. 2112-4). Il se confirme donc que la jurisprudence Cne de Paris a été rayée de la carte. La tacite reconduction reste toutefois illégale, hors marchés publics (dès lors qu'elle aboutit à contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence¹²⁴) ; aussi l'absence de reconduction n'ouvre-t-elle pas droit à indemnisation (CE, 17 oct. 2014, Cne de Villeneuve-la-Roche¹²⁵).

2. La fin du contrat

219. Le « temps de jeu », éventuellement prolongé, s'achève avec le « coup de sifflet final » : il s'agit donc d'envisager les modes d'extinction de l'obligation contractuelle, qui marquent la fin de la phase d'exécution¹²⁶. Cette fin peut être anticipée, dans des hypothèses variées (comme la caducité¹²⁷ dont la principale correspond à la résiliation¹²⁸ ; elle peut – situation ordinaire – résider dans l'arrivée normale du terme.

a) La résiliation

220. **Résiliation pour motifs d'intérêt général.** – Reconnu en jurisprudence dès le xx^e siècle, le pouvoir de résiliation unilatérale(s) de l'administration fut le premier à être frigé en règle générale applicable aux contrats administratifs, de sorte qu'il existe indépendamment de toute clause de résiliation (CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval¹²⁹) ; c'est une règle originale, puisqu'elle est sans équivalent exact en droit privé. Un tel pouvoir intéresse tous les contrats administratifs, y compris ceux dans lesquels les investissements sont lourds, comme la concession de service public, le

reconductions comprises (le problème étant, toutefois, celui de leur prévisibilité et de l'anticipation de la durée totale).

122. V., pour une sous-concession d'autoroute : CAA Paris, 12 mars 2012, 5th Sonore (AJDA 2012, p. 1798, cond. Soulié ; CMP 2012, n° 323, note Bouvier).

123. AJDA 2017, p. 231, note Clémens ; EUCP 2017, p. 14, cond. Poussin ; CMP 2016, n° 288, note Bouvier.

124. R. Noguelier : « La fin du contrat. Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé » (Mé. Guillet, PU Montpellier, 2006, T. I, p. 34ff) ; P. Pissard : « Les fins de concessions » (Th. Paris 2, 2001) ; L. Richet : « La fin de la convention de délégation » (AJDA 1996, p. 44ff) ; dossier « L'extinction des rapports contractuels » (Contrats publics 2010) ; L. Richet : « La fin des contrats » (PFDA 2016, p. 29ff) ; J.-B. Vué : « La fin du contrat de concession » (CMP 2019, Étude 31, Y., sur cette question au prisme du Code de la commande publique, J.-P. Luxen : La codification et la fin des contrats) (PFDA 2019, p. 22ff).

125. Y. Laurens : « La caducité des contrats administratifs » (PFDA 2011, p. 475).

126. V. par ex., F. Horissen : « La rupture du contrat administratif » (Th. Bordeaux 4, 2010) ; dossier « Les effets de la rupture du contrat administratif » (Contrats publics 2002, n° 16-17). Pour une vue de droit privé, T. Poussin : « L'extinction unilatérale des engagements » (Ed. Panthéon-Assas, 2012).

127. Rec. p. 246.

BEA ou le marché de partenariat¹²⁸. La présence de deux personnes publiques ne constitue pas un obstacle à l'existence d'un pouvoir de résiliation unitaire, dont chaque contractant dispose alors¹²⁹. Explicitement prévu par les textes réformant la commande publique en 2015-2016, lorsque l'exécution du contrat ne pourrait être poursuivie qu'au prix d'une modification de son économie générale, ce pouvoir est consacré par le Code de la commande publique (à ce titre : CCP, art. L. 2195-6 et L. 3136-6. – Et parmi les cinq principes régissant l'exécution des contrats administratifs : CCP, art. L. 6, §9).

Si la décision de résiliation, pendant longtemps et sous quelques réserves, avait échappé au pouvoir d'annulation du juge du contrat, une telle solution n'a dorénavant plus cours (CE, 21 mars 2011, *Cee de Béziers* : arrêt dit Béziers 2)¹³⁰. Le juge saisi apprécie la réalité des motifs d'intérêt général au cas par cas¹³¹ ; si ces derniers se confondent souvent avec les nécessités du service public, ils ne s'y résument pas, mais s'arrêtent, en principe là où commencent les considérations strictement financières¹³².

De cette hypothèse peut être rapprochée, en outre, la résiliation pour force majeure (V., rejetant l'existence de cette dernière, à propos de l'abandon du projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes : CE, avis 26 avr. 2018¹³³). Doivent également être mentionnées les situations dans lesquelles une personne publique résilie un contrat administratif de manière tacite :

128. V., pour les premières (à l'égard desquelles le terme « trompeur » de « achat » était traditionnellement employé) : CE, 2 Nov. 1987, *Sel TMG* (Rec. p. 29 ; AIDA 1987, p. 714, chron. *Achats et co* Bouscoul); RFDA 1987, p. 29, concl. Poissonnier. Pour le BEA, la solution s'inspire d'une jurisprudence admettant la légalité d'une clause de résiliation unitaire (CE, 20 Nov. 1994, *Sel SOFAP Marignan Immobilier* : CODAR, n° 641 et l'application de ce pouvoir aux contrats demandés (CE, 31 juil. 2009, *Sel Jonathan Lovers* : CODAR, n° 641), lorsquels sont précaires et révocables (CGPPP, art. L. 2122-3). Elle se déroule simplement, pour le partenariat, de sa qualification légale de contrat administratif lautive prévue par l'art. 1^{er} de l'art. n° 2004-599 du 17 juin 2004, celle-ci découlant évidemment des dispositions de l'art. L. 6 du CDP.

129. CE, 4 juin 2014, *Cee d'Aubigny-des-Pothées* (BUCL 2014, p. 543, concl. Daccord, vba. Poussou). Dans ce cas, la mise en œuvre du pouvoir de résiliation neaurait été justifiée par le seul déséquilibre contractuel : CE, 27 févr. 2015, *Cee de Béziers* (arrête que certains auteurs appellent Béziers 2) : Rec. p. 66, concl. Conoir-Boucquey; AIDA 2015, p. 1482, note Boucquey; BUCL 2015, p. 381, concl., note Diemus; CMP 2015, n° 101, note Ecomi; CGA 2015, n° 43, note Diemus; JCP A 2015, 2183, note Massei; RFDA 2015, p. 877, note Gouyouvel.

130. V., n° 311 s.

131. V. par ex., condamnant l'Etat pour la résiliation lautive – qui trahissait un inqualifiable manque de courage politique – du contrat de partenariat passé avec Ecomex pour la mise en œuvre de « l'éclatage », en l'absence de motifs d'intérêt général : TA Cergy-Pointoise, 18 juil. 2018, *Sel Aoxis* (Contrat public n° 2018, p. 61, note et Massei).

132. Pour un contre-exemple, le juge admettant que la volonté de mieux exploiter le domaine public puisse justifier la résiliation d'une convention d'occupation : CE, 23 mai 2011, EPAD (JCP 2011, p. 314, vba. Tousou); CMP 2011, n° 213, vba. Soulié-Courtaud).

133. CMP 2015, n° 54, note Ecomi; JCPA 2015, 2146, note Cours. – Pour une analyse critique, B. Puisse : *La force majeure administrative : une occasion manquée ?* (D4 2015, Répère 2).

une telle décision ne saurait résulter que de comportements non équitables [CE, 27 Nov. 2017, *Dpt de la Seine-Saint-Denis*¹³⁴].

221. La contrepartie des pouvoirs de l'administration réside dans le droit à indemnité du cocontractant¹³⁵, sauf clause contraire [CE, 19 déc. 2012, *Sé AB Trans*¹³⁶]. Ce droit couvre tant les pertes avérées (*damnum emergens*) – soit, le montant des investissements non amortis (V., pour les « biens de retour » dans les concessions de service public : CE, 21 déc. 2012, *Cne de Douai*¹³⁷) – que le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le manque à gagner (par ex. : CE, 31 juil. 1996, *Sé des téléphériques du massif du Mont-Blanc*¹³⁸). Il est, en effet, de justice élémentaire que le cocontractant ne supporte pas les conséquences d'une mesure prise dans l'intérêt général, sans la moindre faute de sa part¹³⁹. Les parties peuvent aménager conventionnellement les modalités d'indemnisation, sous certaines réserves : il ne faut pas que les stipulations manifestent une renonciation au pouvoir de résiliation [CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat - Crédit foncier de France*¹⁴⁰], y fassent obstacle en pratique [CM Versailles, 7 mars 2006, *Cne de Dreux*¹⁴¹] ou portent atteinte à des règles d'ordre public comme l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités [CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*¹⁴²] ; CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*¹⁴³ ; CE, 3 mars 2017, *Sé Leasecom*¹⁴⁴]. En l'absence d'accord, dans un délai de six mois à compter de la résiliation, il revient à l'acheteur de proposer une somme, qui devra être acceptée par le titulaire [CCP, art. R. 2191-31]. S'exprime donc, ici encore, une certaine forme d'autorité du contractant public.

Le « coût de la résiliation » peut être considérable ; devenir, par-là, un enjeu politique (songeons à la funeste résiliation – déjà évoquée – du contrat de partenariat avec Ecomouv, en 2014¹⁴⁵ ; la même année, un rapport

134. AJDA 2019, p. 1094, note Roche.

135. A. Doury : *Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général* [COPA 2012, 2295] ; S. Blajcovich : *L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général* [ALD 2009, p. 2005].

136. AJDA 2013, p. 722 ; DM 2013, n° 42, note Cauzou.

137. V., n° 228.

138. AJDA 1996, p. 788, note Guili.

139. La résiliation des contrats dépourvus de terme déterminé semble, toutefois, pouvoir intervenir sans avoir un droit à indemnité [CE, 22 Nov. 1980, 54 des Sablières modernes d'Arressy ; Rec. p. 110].

140. AJDA 1995, p. 420, note Farhat et Moissac ; RFDA 1996, p. 21 concl. Girivres.

141. AJDA 2006, p. 1044, concl. Bessis.

142. JCP 2011, p. 285, concl. Duccozzi ; CDP 2011, n° 216, obs. Eoyer ; DM 2011, n° 67, note Bresser ; JCP 2011, p. 1570, chron. Etienne ; JCP 2011, n° 95, concl.

143. JCP 2012, p. 230, concl. Duccozzi, obs. Nesson ; CDP 2012, n° 246, obs. Eoyer ; JCPA 2012, 2358 et 2359, obs. Lemoine.

144. AJDA 2017, p. 1478, note Lemoine ; JCP 2017, p. 211, concl. Philibert ; CDP 2017, n° 127, note Ussoz-Besseron ; JCPA 2017, 2381, note L.

145. Préc. n° 229. Annexion début 2020, la remise en cause de la concession du « Rhône-prix » – navette reliant le centre de Lyon à l'aéroport Lyon-Saint-Exupéry – offre une autre illustration de résiliation pour motif d'intérêt général, justifiée par des motifs trop

parlementaire suggérant la résiliation des concessions d'autoroute a également fait des vagues¹⁶⁴; et dissuader l'administration, dans bien des cas, de mettre en œuvre son pouvoir d'action unitaire. À cela s'ajoute que la personne publique est censée reprendre, moyennant certaines limites, les contrats conclus par l'autre partie, ce qui n'est pas anodin [V, par ex., pour une délégation de service public : CE, 19 déc. 2014, *Cne de Proprians*¹⁶⁵].

222. Résiliation pour faute. – C'est une modalité du pouvoir de sanction, précédemment évoqué. Il s'agit en l'occurrence de la sanction la plus lourde, qui fait suite aux fautes les plus graves (sous le contrôle du juge administratif, éventuellement saisi par le cocontractant). En toute logique, ce dernier n'est pas indemnisé et il supporte les surcoûts liés à la résiliation¹⁶⁶. Un tel pouvoir a longtemps été tenu pour absolument original, puisqu'en droit privé, la résolution – plus radicale, cependant, car d'effet rétroactif – devait normalement être demandée en justice [C. civ., art. art. 1184], sauf à ce que le contrat comportât une clause résolutoire. Cela dit, la Cour de cassation admet maintenant que le manquement grave d'une des parties à ses obligations ouvre à l'autre la possibilité de mettre fin au contrat (par ex., Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, 28 oct. 2007¹⁶⁷); et la réforme du droit des contrats privés (ord. n° 2016-121 du 10 févr. 2016) a créé une possibilité de résolution unititaire en cas d'inexécution prolongée [C. civ., art. 1226]¹⁶⁸. Un phénomène de convergence relative est donc à l'œuvre.

223. Quand la faute vient de l'administration, le cocontractant doit saisir le juge administratif pour obtenir la résiliation du contrat. Lorsqu'elle vient du cocontractant, il faut distinguer : dans la plupart des contrats administratifs, l'administration peut résilier le contrat de son propre chef, sans recours au juge. Dans les concessions, la solution est différente, vu le montant des investissements en jeu : à défaut de clause *ad hoc*, l'administration doit saisir le juge administratif afin que soit prononcée la déchéance du concessionnaire. Il serait cohérent que cette solution fût étendue aux contrats spéciaux créés depuis les années 1980 (BEA, partenariat...), la problématique étant comparable. Ajoutons que le principe de l'action juridictionnelle en déchéance est tempéré par une jurisprudence qui reconnaît – qu'en l'absence même de stipulations du contrat lui donnant cette possibilité, le

164. Elle devrait coûter environ 30 millions d'euros au SYTRAL, autorité organisatrice des transports.

165. *Drs*, not., rapport n° 2476, 17 déc. 2014.

166. *Préc.* n° 188.

167. Sauf à ce que celle-ci soit irrégulière : CE, 15 nov. 2012, *Société Transdev Gail-Carance* [CM] 2013, n° 4, note 2aas).

168. Sur la question, V. dossier « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir » [Dr et jur., mai 2004, p. 55 s.]

169. Cela donne à voir la résolution juridictionnelle des contrats privés comme une solution toujours possible, mais jamais obligatoire [C. civ., art. 1227].

concédant dispose de la faculté de résilier unilatéralement le contrat pour faute et sans indemnité» [CE, 12 nov. 2015, Sté Le Jardin d'acclimatation¹⁵¹].

224. Autres hypothèses. – Il existe différents cas de résiliation dont l'effet n'est pas rétroactif, desquels doivent être rapprochés ceux renvoyant à la résolution [réactive] du contrat. Ces mécanismes peuvent d'abord être conventionnels, les parties mettant fin au contrat «par consentement mutuel», qu'il s'agisse du jeu d'une clause résolutoire [en vertu de laquelle, par exemple, si tel événement ne s'est pas produit à telle date, il sera mis fin au contrat] ou d'une clause de résiliation. La clause de résiliation au profit de l'administration est superflue dans les contrats administratifs, la partie publique disposant en tout état de cause du pouvoir de résiliation. Elle est en revanche utile dans les contrats privés de l'administration, mais soulève des problèmes de qualification délicats [quant à son caractère exorbitant ou non]. La clause de résiliation au profit du cocontractant est en principe illégale ; elle peut cependant être insérée dans les contrats n'ayant pas pour objet l'exécution même du service public, si une mise en demeure est prévue et si aucun motif d'intérêt général ne s'y oppose [CE, 8 oct. 2014, Sté Grenke Location¹⁵²]. La résiliation peut aussi être décidée d'un commun accord, sans clause ad hoc [une illustration : les concessions de remontées mécaniques entre la commune de Chamonix et la Compagnie du Mont-Blanc ont été résiliées en décembre 2012, dans la perspective d'une remise en concurrence [qui devait aboutir à sélectionner le concessionnaire sortant]].

225. Il peut ensuite s'agir d'une résiliation de plein droit, susceptible d'intervenir en cas de dépôt de bilan de l'entreprise cocontractante¹⁵³ – situation, hélas, fréquente – si l'administrateur renonce à poursuivre l'exécution du contrat [V., Code de commerce, art. L. 641-11-1]¹⁵⁴.

226. Enfin, la résiliation ou la résolution est éventuellement juridictionnelle, dans des cas de figure qui seront évoqués à propos du contentieux des contrats¹⁵⁵ ; il peut s'agir de sanctionner un vice dans la formation du

151. ADO 2016, p. 908, note Roux, p. 911, note Macourthe; BJC 2016, p. 143, concl. Horvais; CMP 2016, n° 16, note Lioux-Bessone; DA 2016, n° 22, note Corrau; JCPA 2016, 2123, note Horvais.

152. Préc. n° 173.

153. Sur les problèmes alors posés : instruction DOPP 26 janv. 2012 - V. par ex., F. Lomme : « La complexité liée aux actifs compris dans les procédures collectives : les contrats publics » [in A. Crouz-Gauthier et Y. Pessionon-Tessoulet, dir. : « Les procédures collectives complexes », July 2013, p. 187]; dossier « Entreprises défaillantes et marchés publics » [Contrats publics déc. 2012]; X. Moussier : « Exécution financière et procédure collective [Contrats publics juil.-août 2009, p. 68]; P. Tanguy : « Procédures collectives et marchés publics [DOPP 1992, suppl. n° 4, p. 31]; H. Cavaus et F. Ouvry : « Les contrats administratifs dans les procédures collectives [D. 1977, Chron. 29]. Sur les obligations du concessionnaire en cas de cessation judiciaire de l'entreprise titulaire d'un marché : CE, 29 sept. 2010, Cte de Metzheim [BJCP 2010, p. 376, concl. Bouvet].

154. V. pour une illustration, CE, 8 oct. 2017, Me Régis et al. Semences [BJCP 2018, p. 117, concl. Vicot]; CMP 2018, n° 48, note Pierre; RTD com. 2018, p. 75, note Lomme.

155. N° 229 s.

contrat, mais aussi – ce qui nous intéresse ici – d'un litige relatif à l'exécution du contrat. Le juge est alors saisi par une partie souhaitant voir prononcer la résiliation du contrat parce que cette exécution est devenue impossible. Pareille impossibilité peut tenir à un changement de circonstances (évolution des techniques impliquant d'adapter le service [CE, 10 janv. 1902, *Cie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*¹⁵⁶] ; évolution législative empêchant de poursuivre l'exécution ; changement constitutif d'un cas de « force majeure administrative », lequel bouleverse l'économie du contrat, non pas temporairement – ce qui renvoie à l'imprévision –, mais définitivement¹⁵⁷). Faute d'accord sur une redéfinition de l'équilibre contractuel, le cocontractant peut demander au juge administratif de prononcer la résiliation du contrat, éventuellement assortie d'une indemnité [CE, 9 déc. 1902, *Cie des tramways de Cherbourg*¹⁵⁸] ; ces cas de résiliation pour changement de circonstances demeurent très rares. Afin de protéger les titulaires de contrats supposant de lourds investissements, le Code de la commande publique prévoit l'indemnisation des dépenses qu'ils ont engagées, dès lors qu'elles sont conformes au contrat et utiles à l'acheteur, en cas de résiliation juridictionnelle sur le recours d'un tiers (V., pour les marchés de partenariat : CCP, art. L. 2235-1. – Pour les concessions : CCP, art. L. 3138-7).

b) L'expiration

227. C'est l'issue normale du contrat (réalisation des travaux ou des services, livraison des fournitures pour les marchés ; arrivée du terme pour les concessions, les contrats domaniaux, les contrats de recrutement d'agents publics). Il s'agit d'un moment décisif (à de nombreux égards : début des délais de garantie en matière de travaux, par exemple) et souvent problématique, voire conflictuel : comme les fins de mois, les fins de contrat peuvent être difficiles.

228. Dans les contrats de construction, c'est le temps de la réception, avec son lot de difficultés (retards dans les travaux, dans le paiement, réserves, établissement du décompte général¹⁵⁹, réclamation de sommes variées, etc.). Les anciens titulaires de contrats domaniaux se maintiennent fréquemment dans les lieux sans droit ni titre, ce qui oblige la partie publique à engager une procédure d'expulsion ; il arrive aussi qu'ils invoquent un droit au renouvellement, en arguant du fait qu'ils bénéficiaient d'un bail commercial. Dans les concessions de service public, c'est le moment où le concessionnaire « reprend ses billes » (les moyens d'exploitation du service

156. S. 1902, 3, p. 17, note Huissel. Sur l'exemple des évolutions contemporaines liées à la « ville intelligente », J.-B. Aurié, Contrats publics et « smart cities » (CIMP 2017, étude 11).
157. À ne pas confondre avec le cas de force majeure envisagé comme cause d'exonération de la responsabilité contractuelle.

158. Préc. n° 152.

159. Décompte général ne nécessitant pas toujours une décision explicite, ce qui est susceptible d'accroître les difficultés pratiques. V. sur ce point, CE, 17 mai 2017, *Cie de Beaucouzé* (B/CP 2017, p. 295, cond. Houssier ; CIMP 2017, n° 195, note Desuzain).

qui lui appartiennent en propre) et doit restituer à l'autorité concédante les ouvrages de la concession, autrement dit les « biens de retour »¹⁶⁰, avec des problèmes potentiels à la clef (que l'on retrouve dans divers contrats immobiliers) : l'intérêt de l'exploitant est d'investir le moins possible en fin de contrat, celui de l'administration étant – bien sûr – de se voir restituer les équipements dans le meilleur état. La fin des contrats concessifs marque également, soit le changement du type de convention (si l'on demeure en concession de service public *stricto sensu*), l'affermage soit la concession (*stricto sensu*), soit le changement du mode de gestion (le service étant repris en gestion directe, avec des situations qui peuvent s'avérer délicates : entre autres, pour ce qui touche la reprise des contrats et surtout des personnels). La fin de contrat est donc un moment riche en virtualités conten-tieuses.

160. Sur le régime de ces biens, V. en particulier : CE, 21 déc. 2012, *One de Douai* [DD048, n° 62]. Et, à propos d'une concession entre personnes publiques : CE, 25 oct. 2017, *Cos de Croix* [ACM 2018, p. 715, note Vuil] ; B/CP 2018, p. 45, *cond. Pauvras* ; CMP 2017, Régime II, note Lhuissier et Souza-Duchaussoy, n° 281, note Ecker ; D4 2018, n° 2, note Alaux ; JCPA 2017, 2019, note Murel. La grande diversité des situations contractuelles n'autorise que modérément le principe d'une indemnisation du concessionnaire pour les biens de retour dont la valeur n'a pas été amortie. La jurisprudence retient une conception large du régime de ces biens de retour, qui s'applique à ceux dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion du contrat (CE, 29 juin 2018, *Min. de l'Intérieur c./Cé du cass de la validité de l'Urapp* ; ACM 2018, p. 1656, *cond. Nicolas et Faure* ; CMP 2018, n° 232, note Ecker ; D4 2018, n° 59, note Benet ; ADI 2019, p. 181, note Poulonge ; RFDA 2018, p. 939, *cond. Hissaoui*) et inclut les prévisions pour travaux, même lorsque elles excèdent les montants nécessaires (CE, 18 oct. 2018, *Électricité de l'abitat/EDF Engie* ; ACM 2018, p. 2422, *étude Tousseul* ; B/CP 2018, p. 48, *cond. Cerny* ; CMP 2018, n° 17, note Ecker ; JCPA 2019, 2109, note Vuil. V. en doctrine, Y. Guillet : « Les biens de retour : la propriété passe avant l'affection » [AMR, Macher, USQJ, 2013, p. 623] ; F. Lhuissier : « La théorie des biens de retour après l'amitié » [Commune de Douai] [CPA 2013, Étude 7] ; RUEP 2013, Étude 8].

Chapitre 5

Le contentieux des contrats administratifs

229. Pour l'essentiel, ce contentieux est administratif [sous réserve des recours ouverts devant les juridictions civiles contre les rares contrats privés de commande publique¹; de ce qui touche le volet pénal²; et sachant que le juge administratif dispose aussi de chefs de compétence à l'égard des contrats privés de l'administration, au titre de la théorie des actes détachables³]. La compétence du juge administratif est, parfois, très – voire trop – extensivement entendue⁴.

Le contentieux des contrats administratifs s'est passablement compliqué dans les dernières années⁵, marquées par une modernisation à marche forcée, les effets des textes se conjuguant au pouvoir créateur du Conseil d'État : multiplication des voies de recours, avec de nouveaux problèmes d'articulation, voire de concurrence (l'inflation des voies de droit fait

1. Il n'agissait essentiellement, autrefois, des contrats régi par l'ancienne ordonnance n° 2005-647 du 6 juin 2005. Le Code de la commande publique comporte quelques dispositions réservées, par exemple, au règlement des différends entre parties à une concession de droit privé (COP, art. L. 3137-2).
2. V. n° 31 et n° 118. Pour une confirmation du maintien de la théorie des actes détachables en ce qui concerne les contrats privés de l'administration, après la jurisprudence Cst de Tarn-et-Garonne (V. plus loin, n° 281 s.), CE, 27 déc. 2014, *Cas d'Uchaux* (MJC), 2015, p. 398, *concl. Quenne*, p. 313, note *Maurin*; *JCPA* 2015, 2103, note *Li Boz*, 2015, note *Lassaque*.
3. Sur cette théorie, qui joue également à l'égard des contrats administratifs, n° 238 s.
4. Relatifs ainsi au juge administratif les « *Higgs* » relatifs à la responsabilité des personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif : T. confit., 16 nov. 2015, *Région Ile-de-France* (IAUD) 2016, p. 786, note *Baize*; *BUCP* 2016, p. 155, *obs. Nicolle*; *CMP* 2016, n° 47, note *Uauz-Bertrand*; 2016, n° 19, note *Baize* et *Lassaque*; *JCPA* 2016, 2002, note *Jouzeau*.
5. E. Lassaque : *L'office du juge administratif et le contrat administratif* (LGDJ/Tac, droit Poitiers, 2012); P. Bonnaire, D. de Berquin : *Contentieux des contrats administratifs* (WFGA, 2012); D. Poussot : *Contentieux des contrats administratifs* (U-Cl. Adm., Fase, 1126 et 1127). V. aussi, dossier « *Mutations et permanence du contentieux des contrats publics* » (WFGA 2012/4); « *Le contentieux des contrats publics en Europe* » (JAFD 2011/1); « *Contentieux des contrats publics* » (IAUD 2011, p. 289 s.l.). De plus, C. Mauvignier-Poussot : *Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution* (B2P 2011, p. 113); A. Minetain : « *Le juge administratif et le contrat : libres propos sur un agenda chargé* » (M2R, *Passage*, Dalloz, 2011, p. 329); *Le juge administratif et le contrat : fragments pour un parfait* (B2P n°v. 2012, Etude 1); D. Tissot : « *La reconstruction de l'effice du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ?* » (Met. Richer, LGDJ, 2013, p. 719). Pour une vue du droit antérieur, L. Fouquer-Lauver : *Plaidoyer des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle* (Th. Paris 2, 1994). Et, dans la période récente, J. Encrenaz-Lassaque : *Contentieux de la commande publique* (Dalloz, 2017); M. et Mme Mouvement : *Contentieux de la commande publique* (Dalloz, 2017); D. Guicci : *Traité de contentieux de la commande publique* (Le Moniteur, 2^e éd., 2018).

écho à la prolifération des catégories de contrats) : irruption, ensuite, des tiers dans le contentieux contractuel (qui était traditionnellement la « chose des parties ») ; évolution, enfin, de l'office du juge du contrat, qui a vu s'enrichir la carte de ses pouvoirs et devient de plus en plus présent (les relations contractuelles passant, en quelque sorte, de la « vie de couple » au « ménage à trois »).

230. Cet aggiornamento – voire, cette « refondation » [qui n'est pas sans évoquer les « très riches heures » du contentieux contractuel dans le premier tiers du xx^e siècle] – résulte d'une volonté de mettre à jour un contentieux dont les enjeux économiques sont considérables, mais dont les principes architecturaux n'avaient pas évolué depuis des décennies⁶. Les mutations actuelles marquent aussi une oscillation entre les exigences de la légalité, d'une part, celles de la sécurité juridique, d'autre part [lesquelles conduisent à préserver les contrats dès lors que l'ilégalité les affectant ne dépasse pas un certain seuil de gravité⁷]. Cette seconde tendance l'emporte indubitablement dans la période récente, pour des raisons variées parmi lesquelles une conjoncture économique difficile tient sa place [invalider des contrats à un coût, ce qui ne peut échapper au juge, surtout en temps de crise]. Elle mérite d'être rapprochée de l'évolution de l'office du juge de l'acte administratif unilatéral, qui fait prévaloir la stabilité en « sauvant » de plus en plus souvent les actes attaqués⁸. Ces « habits neufs du juge administratif » ressemblent un peu, même si le contexte a radicalement changé, aux vieilles défrôques de l'administrateur-juge du temps jadis.

231. Il existe plusieurs manières de présenter les arcanes du contentieux des contrats administratifs : on peut distinguer le contentieux de la formation et celui de l'exécution du contrat ; les recours réservés aux parties et ceux ouverts aux tiers (« purs » ou « intéressés »⁹) ; ou encore, étudier les recours selon les pouvoirs dont le juge dispose. Même si la frontière entre le contentieux de l'excès de pouvoir et le plain contentieux apparaît moins marquée aujourd'hui que par le passé, cette dernière distinction sera retenue ; car la nature de la question posée au juge et l'étendue de ses pouvoirs demeurent des éléments déterminants.

232. Après avoir évoqué le cas particulier des modes alternatifs de règlement des litiges contractuels (I.) et celui des reléries (II.), le contentieux

6. F. Bayot : « Libres propos sur la "judiciarisation" du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? » (*MM. Richer, LDDJ*, 2013, p. 529).

7. Pour une réflexion sur ce mouvement contemporain, P. Tessouet : « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? » (*EDCI* 2004, p. 383).

8. V., dossier « Mutations du contentieux contractuel » (*AJD* 2014, p. 204ff).

9. V., à propos des voies de procédure : loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 70. – CE, 23 déc. 2011, *Danthony* (DA 2012, n° 22, note Mallon) ; *JCPA* 2012, 2009, note Bourcier ; *RFDA* 2012, p. 284, concl. Dumont, p. 276, note Cassej.

10. V., T. Guérard : « Le contentieux des tiers au contrat administratif (Th. Paris 1, 2014). Plus largement, E. Juvillet-Zuccaro : « Le tiers en droit administratif (Th. Nancy 2, 2010).

de l'excès de pouvoir [III.] et le contentieux contractuel de pleine juridiction [IV.] seront donc abordés successivement¹¹.

I. Les modes alternatifs de règlement des litiges contractuels

233. La question des modes dits « alternatifs » de règlement des différends dépasse de beaucoup, en matière administrative, le secteur contractuel ; elle intéresse, en bonne part, l'amélioration des relations administration/administrés. Reste que de tels « circuits de dérivation » (B. Oppérit) du contentieux classique touchent notamment ce domaine¹². Si l'on excepte l'éphémère « Médiation des marchés publics » (créée fin 2012 et fusionnée début 2016 avec la Médiation inter-entreprises, le tout s'appelant dorénavant « Médiateur des entreprises »¹³, la procédure reste prévue par l'article L. 2197-4 du Code de la commande publique¹⁴ ainsi que les perspectives de médiation offertes – en matière contractuelle comme ailleurs – par la loi « Justice 300 » du 16 novembre 2016 (V. CJA, art. L. 213-1 s.)¹⁵, il s'agit de la conciliation, de la transaction et de l'arbitrage. La logique contractuelle

11. Le contentieux des contrats administratifs fait l'objet de règles procédurales (sous ce prouil particulières – réformées, en dernier lieu, par un décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 – qui ne seront pas expostes dans cet ouvrage limité à ce sujet). Certaines modifications résultant de ce décret sont de pure cohérence, comme la simplification de l'article R. 312-2 du CJA permettant de déroger à la compétence territoriale des tribunaux administratifs en matière de contrats, et non plus de façon redondante « en matière de marchés, contrats ou concessions ». Formule suggérant que la nature des marchés et concessions pouvait ne pas être contractuelle... ! La liberté des parties n'est cependant pas entière, car aucun intérêt public ne doit s'opposer à cette dérogation aux règles de compétence habituelles (CJA, art. R. 312-11). En outre, si la représentation par un avocat est désormais limitée aux litiges relatifs à l'exécution d'un contrat (CJA, art. R. 431-3), elle s'étend en principe à tous les contrats, y compris à ceux passés pour la réalisation de travaux publics en visant le domaine public (CJA, art. R. 431-3).

12. M. Laroche : Les modes alternatifs de règlement des différends dans les contrats administratifs (Th. Lyon 3, 2017). V. aussi, dossier sur les modes alternatifs de règlement des litiges contractuels (Contrats publics juillet 2018).

13. Pour en donner un aperçu, les litiges de commande publique représentent environ un tiers de l'activité du « Médiateur des entreprises » (Bilan 2017, p. 10). Cette proportion pourrait un peu s'atténuer par l'effet d'une ouverture progressive de l'activité du Médiateur IV, en ce sens, prévoyant l'extension à titre expérimental de ses attributions, décr. n° 2018-119, 26 oct. 2018. L'article 143 du décret « Marchés publics » du 25 mars 2016 autorisait le recours à cette médiation, mais il fut annulé pour incapacité du pouvoir réglementaire en raison de l'interruption du cours des prescriptions que cette procédure suscitait (CE, 17 mars 2017, Ordre des avocats de Paris : ADPA 2017, p. 1207, chron. Icos, Novembre 2017; BACP 2017, p. 216, concl. Minerva; CMP 2017, n° 123, note Urvoy-Boucicaut, V., J. Marin : La médiation en matière de contrats administratifs, une procédure supplémentaire de règlement amiable des litiges (CMP 2017, Etude 12); auparavant, J. Macécaud, Le juge administratif et la médiation dans les relations d'affaires (JCP A 2015, 3199).

14. J.-B. Daunov, Le renouveau des MARD, de la loi J21 au Code de la commande publique (AJCT 2018, p. 131).

atteint le règlement du litige : les différends contractuels sont tranchés par contrat.

A. Le recours à la conciliation

1. Le règlement amiable du contentieux des marchés publics

234. La conciliation par des organismes administratifs s'est développée dans des secteurs variés. En matière contractuelle, elle correspond au règlement amiable du contentieux des marchés publics [CCP, art. R. 2197-1 s.]¹⁵. L'idée d'un traitement non juridictionnel des litiges, en vue de limiter le nombre des recours, remonte au début du xx^e siècle ; elle s'est, de là, concrétisée par stades successives. Un comité interministériel unique fut d'abord constitué auprès du Premier ministre [décr. n° 81-272, 18 mars 1981] ; à ce comité national – qui connaît des marchés passés par les services centraux et par les établissements publics administratifs de l'État – s'ajoutent aujourd'hui sept comités locaux [compétents à l'égard de ceux conclus par les services déconcentrés, les collectivités et les établissements publics locaux].

235. Les comités consultatifs de règlement amiable [CCRA] peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché. Leur saisine suspend les délais de recours contentieux [CCP, art. R. 2197-16]. Saisi par l'administration ou (plus souvent) par le titulaire du marché – qui n'est plus astreint à l'exercice d'une réclamation préalable [CCP, art. R. 2197-15] –, le comité compétent statue au terme d'une procédure d'inspiration juridictionnelle. Il doit, sous six mois, rendre un avis qui constitue une proposition de règlement amiable. La saisine d'un comité n'interdit nullement celle du juge administratif, qui n'est pas tenu de se surseoir à statuer en attendant son avis.

236. L'administration dispose de trois mois, à compter de la notification de l'avis, pour prendre une décision (son silence valant rejet). Les avis sont en général suivis, l'accord des parties donnant lieu d'ordinaire à une transaction. Efficace et peu onéreuse, cette procédure n'est pourtant pas utilisée autant qu'elle pourrait l'être.

15. Par ex., V. Hau : Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges : rôle et mission [AJCT 2013, p. 196] ; S. Rieu : Les procédures amiables de règlement des litiges [Contrats publics 2012, n° 8, p. 72] ; J.-P. Perrin : Marchés publics : les comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des litiges [ICMP 2001, Prat, n° 8] ; Y. Guérin : Le pricontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics [ADDA 1994, p. 84] ; C. Ousset : Une procédure de règlement amiable des litiges, les comités de règlement amiable des marchés [Marchés publics juvr.-avr. 1991, n° 175, p. 209].

2. Les autres procédures

237. La conciliation peut, ensuite, être juridictionnelle. Il s'agit alors d'une conciliation – notamment, des parties au contrat – par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel. Elle est laissée à la discrétion des magistrats, sachant qu'une décision de refus n'est pas susceptible de recours et que les propositions de conciliation ne sauraient faire l'objet ni de recours ni de voies de recours. La souplesse gouverne la matière : conciliation *proprio motu* ou sur demande des parties ; par le chef de juridiction, un magistrat dûment désigné ou un tiers (par ex., un expert : CJA, art. R. 621-1 et art. R. 621-7-2). Cette procédure reste jusqu'ici peu usitée, vu la charge de travail des juridictions administratives. Il existe néanmoins une tentative de valorisation des modes de règlement des litiges réunis sous l'appellation générique de médiation par la loi du 18 novembre 2016¹⁶. En perfectionnant le déroulement de la procédure et en prévoyant des garanties minimales (CJA, art. L. 213-1 s.), le législateur entend susciter le recours à la résolution amiable, par l'accord des parties, qui offre de réelles promesses en matière contractuelle (qu'elle soit à l'initiative des parties ou du juge : V. CJA, art. L. 213-5 s.).

238. La conciliation peut, enfin, être conventionnelle. Il est loisible aux parties de prévoir – en amont, dans le contrat initial¹⁷ ; ou en aval, une fois survenu le différend, par convention spéciale – une procédure de conciliation en cas de litige. C'est fréquent dans les marchés publics, les concessions (par ex., art. 54 du contrat de concession du Stade de France, 1995) ou les marchés de partenariat. Inaguère, au titre des clauses obligatoires de prévention et de règlement des litiges : ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 11-1 et 14, abrog. par ord. n° 2015-899, 20 juill. 2015. – L'insertion de clauses de conciliation répond désormais aux recommandations institutionnelles et demeure une pratique très répandue¹⁸. Le choix de l'instance et des modalités est laissé à la discrétion des parties, qui ne sauraient toutefois y recourir hors des matières où l'en peut transiger (une conciliation réussie aboutissant à une transaction). La liberté de l'administration contractante est aussi limitée par l'interdiction de renoncer – y compris implicitement – à certaines prérogatives ; ainsi du pouvoir d'émettre un

16. V. par ex., sur le remplacement de la conciliation par la médiation, F. Loussier et J.-C. Ricci, *Droit administratif des obligations* (Sirey, 2018, n° 1080). Au-delà des modifications textuelles, on pourrait cependant soutenir que la conciliation entre les contractants a un champ d'application plus large que la médiation, qu'elle est moins encadrée et ne nécessite pas toujours l'intervention d'un tiers.

17. Pour des exemples de clauses de conciliation : CMF 2012, n° 43, chrem. Loussier. L'obligation conventionnelle de se conformer à une procédure de conciliation préalable est un moyen d'assurer une tentative de règlement avant saisine d'une juridiction, mais elle ne saurait circonscrire les moyens ou conclusions reconventionnelles lors du procès (CE, 14 nov. 2014, Opti de la Guadeloupe : AJDA 2015, p. 701, note Loussier ; BJCJ 2015, p. 124, obs. Poussin ; CMF 2015, n° 15, note Parnet).

18. V. par ex., Banque des territoires, *Guide méthodologique pour accompagner la mise en œuvre d'un marché de partenariat* (rap. pub. 2018, p. 118).

titre exécutoire pour le recouvrement des créances¹⁹. Les potentialités de la médiation conventionnelle n'ont pas été épuisées et méritent d'être promues. Le procédé pourrait se développer davantage, la lourdeur des procédures d'arbitrage l'empêchant plus en plus institutionnalisées poussant vers davantage de flexibilité.

B. Le recours à la transaction

239. Typique du phénomène de contractualisation du règlement des litiges, la transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » [C. civ., art. 2044]. Elle constitue en général l'heureux épilogue d'un processus de conciliation et implique – selon la jurisprudence judiciaire – des concessions réciproques. Le Conseil d'État en a prôné le développement en matière contractuelle²⁰, avec plusieurs circulaires à la clef (circ. 6 févr. 1995, 7 sept. 2009, 6 avr. 2011)²¹.

1. Conditions de la transaction

240. Qui peut transiger ? – Les litiges contractuels de toutes les personnes publiques peuvent donner lieu à transaction. L'État transige traditionnellement par l'intermédiaire des ministères (par ex. : CE, 23 déc. 1887, *Évêque de Moulins*²²) ; la loi ESSOC du 10 août 2018 a prévu l'avis préalable d'un comité ad hoc, qui dégage le signataire de sa responsabilité s'il est suivi²³. Le recours à la transaction par les établissements publics de l'État suppose une autorisation du Premier ministre (C. civ., art. 2045 al. 3). En pratique, l'habilitation est souvent prévue par les décrets statutaires ou par une disposition législative. L'usage du procédé s'est banalisé et la liste des établissements concernés, allongée (grands musées nationaux, établissements d'enseignement supérieur et de recherche, chambres de commerce et d'industrie, etc.²⁴).

19. CE, 20 sept. 2019, SM Waller IB/UDP 2019, p. 389, concl. Ptuusso ; CIMP 2019, n° 390, note Denommee ; JCPA 2019, 2342, note Lassauz.

20. Régler autrement les conflits (Doc. française, 1993, p. 49 s. et p. 128 s.l. V. aussi : Le contrat, mode d'action public et de production de normes (rap. publ. 2008).

21. M. Voyer : Guide de la transaction en droit administratif (Le Moniteur, 2012) ; G. Le Chevallier : "Transaction" (RSCA, 2018) ; J.-D. Dervaux : L'accord transactionnel : un compromis délicat (Contrats publics 2018, n° 103) ; F.-C. Bessau : Recourir à la transaction dans le domaine des contrats publics (Contrats publics 2002, n° 9, p. 16) ; P. Souff-Couture, J.-J. Loux : Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics (CIMP 2000, étude 2) ; V. plus généralement, A.-L. Poujou : La transaction administrative (Th. Nanterre, 2016).

22. Rec. p. 842. Antérieurement, S. Cesca : Quand l'ancien droit s'intéressait aux transactions passées par l'État (RA 2013, p. 588).

23. V. DRPA, art. L. 423-2. Sur ces comités ministériels de transaction : décr. n° 2018-1029, 23 nov. 2018.

24. V. pour des illustrations récentes, à propos de la possibilité de transiger de l'Agence nationale de la cohésion des territoires : L. n° 2019-753, 22 juill. 2019, art. 2 (CGCT), art. L. 1231-2. Et de celle de l'Agence nationale de l'origine et de la qualité : Décr. n° 2019-1012, 30 sept. 2019, art. 1^e.

241. Les collectivités et les établissements publics locaux peuvent recourir à la transaction, sans autorisation préalable de l'État [V., pour les communes : CE, avis 21 janv. 1997²⁵] . L'assemblée délibérante en décide le principe et se prononce sur les éléments déterminants du contrat [CE, 17 sept. 2006, Cne de Théoule-sur-mer²⁶] ; l'exécutif signe, ensuite, ce dernier [V., pour les communes : CGCT, art. L. 2541-12-14^o et L. 2122-21].

242. Sur quoi transiger ? - La liberté étant la règle, la transaction intéresse nombre de matières administratives (responsabilité, secteur répressif, etc.). Le domaine contractuel constitue l'une de ses terres d'élection, les transactions permettant de vider certains litiges relatifs aux contrats administratifs (surtout les marchés publics de travail comme aux contrats privés de l'administration (notamment immobiliers).

243. Mais les transactions doivent respecter les règles d'ordre public [cf. Code civil, art. 61]. À ce titre, le juge éventuellement saisi à la suite d'une transaction souliera d'office différents moyens tirés de la nullité du contrat, quel qu'en soit le motif (par ex., CE, 17 oct. 2003, Min. de l'Intérieur²⁷). L'administration ne saurait renoncer par transaction à l'exercice de compétences (par ex., sur l'ilégalité de l'engagement d'exercer le pouvoir réglementaire dans un sens déterminé : CE, 9 juill. 2015, Football club des Girondins de Bordeaux²⁸) ou au bénéfice de prérogatives. Elle ne peut payer, à l'occasion d'une transaction, des sommes qu'elle ne doit pas (interdiction des libéralités, V., concl. Romieu sur : CE, 17 mars 1893, Cie des Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres²⁹). Cette prohibition est un principe général du droit [CE, 19 mars 1971, Morgut³⁰] dont le juge vérifie le respect, entre autres lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation de la transaction (par ex. : CE, 11 juill. 2008, Sté Krupp Hazemag³¹). Enfin, l'on ne transige pas sur les questions de légalité. Les personnes publiques ne sauraient donc faire usage de la transaction afin d'assurer le maintien de décisions illégales. Symétriquement, leurs cocontractants ne peuvent renoncer par cette même voie à l'exercice du recours pour excès de pouvoir ou au bénéfice de la chose jugée en excès de pouvoir.

25. 64/CE, n°31.

26. AOPG 2006, p. 236, dir. Poux.

27. BJCP 2004, p. 20, concl. Le Châtelier.

28. Proc. n°48.

29. 5. 1894, 3, p. 119. - V., B. Druane, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas » (Mé. Darry, Brugiant, 2012, p. 199) ; C. Gauze, « Pour et contre avec le principe de prohibition des libéralités publiques » (CGPA 2019, 2128).

30. Rec. p. 236, concl. Rousson-Baillot.

31. BJCP 2008, p. 43%, concl. Duroux. Pour une application, CAA Lyon, 28 févr. 2013, SNC domino plante Les Haouches - St-Denis (AJCT 2013, p. 299, note Macémo) ; CMP 2013, n° 154 et n° 155. Confirmation de : TA Grenoble, 27 mars 2012 ; AJDA 2012, p. 1863, note Poux ; BJCL 2012, p. 400, concl. Hauch : CMP 2012, n° 155, note Escher).

Lors d'une demande d'homologation, le juge peut aussi vérifier le consentement des parties et l'étudier par tout moyen : CE, 10 févr. 2014, 54 Gecic (AJDA 2014, p. 1903, note Zappa) ; BJCP 2014, p. 190, concl. Poux ; CMP 2014, n° 115, note Goulet).

2. Contrôle de la transaction

244. L'homologation. – L'homologation des transactions que les personnes publiques concluent relève du juge judiciaire, sauf quand il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif [T. conf., 18 juin 2007, Sté Briançon Bus³²]. Ce dernier peut être saisi d'une demande d'homologation visant à conférer force exécutoire à la transaction, à deux titres : pendant une instance en cours, lorsque les parties souhaitent qu'un accord auquel elles sont parvenues soit sanctionné [CE, 19 mars 1971, Mergu³³] ; mais aussi, sous certaines conditions, en dehors de toute instance. La demande d'homologation d'une transaction ainsi conclue est normalement irrecevable. Cependant, ce principe souffre une double exception, motivée par des considérations d'intérêt général [CE, avis 6 déc. 2002, Synd. interne des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses³⁴] : lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peut donner lieu à régularisation ; ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés sérieuses. Cela peut notamment être le cas en matière de marchés publics ou de concessions. L'avis de 2002 précise les modalités du contrôle de la validité de la transaction et le régime procédural de l'homologation. L'intérêt de cette procédure d'homologation a cependant décliné avec les nouveaux pouvoirs dont le juge administratif s'est doté dans le contentieux contractuel³⁵, qui permettent aujourd'hui d'éviter le plus souvent d'aboutir à des situations ne pouvant être sécurisées que par voie transactionnelle.

245. Le contentieux. – Paradoxalement, les transactions conclues par les personnes publiques (entre autres, dans le domaine contractuel) sont à l'origine d'un important contentieux juridictionnel. La nature du contrat à l'origine du litige déterminant la répartition des compétences entre les deux ordres, les transactions qui régulent des litiges administratifs relèvent du juge administratif. Le contentieux porte tant sur la conclusion des transactions - il intéressera les actes détachables (par ex. : CE, 17 mai 2006, Cne de Jonquières³⁶) ou les contrats eux-mêmes - que sur leur exécution. Le recours à la transaction ne suffit donc pas pour assécher le contentieux juridictionnel ; c'est l'une des explications de son succès mitigé.

32. DM 2007, n° 156, note Mezzour.

33. Préc. n° 243.

34. GACA, n° 75.

35. V. n° 299 s.

36. AJAD 2006, p. 1390, conf. Guéra.

C. Le recours à l'arbitrage

246. L'arbitrage consiste à faire trancher un différend par un tiers [institution d'arbitrage permanente ou tribunal arbitral *ad hoc*], qui rend une sentence revêtue de l'autorité de chose jugée. Il est conventionnel par sa source : traité ou accord international ; convention d'arbitrage [Code de procédure civile, art. 1442⁴¹] qui prend la forme d'un compromis [quand le litige est déjà né] ou d'une clause compromissaire [pour les litiges susceptibles d'avvenir] insérée dans un contrat. Mais il est juridictionnel par ses effets, contrairement aux autres modes « alternatifs ».

247. Le recours à l'arbitrage est traditionnel, pour régler les litiges entre sujets de droit international (États et/ou organisations internationales). Cependant, diverses évolutions – spécialement, l'essor du commerce international – ont contribué à renouveler la problématique. Ainsi la question a-t-elle été posée du développement de l'arbitrage pour le règlement des litiges contractuels entre personnes publiques et entreprises privées (tant en droit interne qu'à propos de contrats publics comportant des éléments d'extranéité⁴²).

1. Principe d'interdiction

248. Initialement fondée sur le Code de procédure civile napoléonien de 1806 (art. 83 et 1004), cette prohibition est régulièrement rappelée par la jurisprudence depuis le xx^e siècle⁴³. Elle a été appliquée à toutes les personnes publiques, malgré les critiques doctrinales, sans considération pour l'activité commerciale de certains établissements publics (CE, 13 déc. 1957, Sté nationale des ventes de surplus⁴⁴). Elle est aujourd'hui prévue par l'article 2060 al. 1^{er} du Code civil, dans lequel le Conseil d'État voit – appliquant une technique de « récupération normative » dont il est familier – la simple confirmation d'un principe général du droit (CE, avis « Eurodisneyland », 6 mars 1986⁴⁵ ; CE, 23 déc. 2015, Territoire des îles de Wallis et Futuna⁴⁶). Le Code de la commande publique se borne à rappeler cette interdiction

32. V. par ex., dossier « Personnes publiques et arbitrage » (RDP 5/2017 ; RDP 2014, p. 400 s.) ; P. Boureau : *L'arbitrage et le droit administratif* (Th. Nantes, 2014) ; M. Auzet (dir.) : *Contrats publics et arbitrage international* (Breyerlat, 2011) ; G. Claeys : « Arbitrage et contrats publics : thèmes propres sur un terrain d'indépendance » (Méth. Aixin, Montpellier, 2011) ; Y. Daoust et C. Laroche, A. Simek : *Les personnes publiques et l'arbitrage international* (D. 2011, p. 2582) ; M. Naoumoff : *Les clauses compromissaires dans les contrats publics immobiliers* (in *Contrats et propriétés publiques*, dir. G. Claeys, LexisNexis, 2011, p. 187) ; D. Rossot, P. Boureau, T. Terciozzi, (dir.) : *L'arbitrage en droit public* (Breyerlat, 2010) ; P. Boureau : *L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques* (IUCP 2007, p. 170) ; S. Bucquoy : « Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité » (Méth. Guibet, PU Montpellier, 2006, T.2, p. 319) ; S. Flautz : *L'arbitrage international dans les marchés de travaux publics* (Th. Aix-en-Provence, 1976).

33. Par ex. : CGA Marseille, 6 nov. 2008, *Société Camalote* ; IUCP 2007, p. 89.

34. Rec. p. 676.

40. GACE, n° 12.

41. AJDA 2016, p. 1182, note GAC.

générale, en renvoyant aux dispositions législatives, pour le règlement des litiges nés des concessions [CCP, art. L. 3137-4].

249. Les fondements d'une telle impossibilité de recourir à l'arbitrage demeurent controversés. Ont été invoquées l'idée d'incapacité des personnes publiques ou celle d'*« inarbitrabilité »* des litiges administratifs, la notion d'ordre public et la séparation des autorités administratives et judiciaires⁴². C'est en réalité un dispositif de protection du système administratif français, conçu comme le binôme administration active/juge administratif. D'une part, il importe d'éviter que les personnes publiques se trouvent attraites devant des instances *a priori* moins sensibles à l'intérêt général que des juridictions étatiques. D'autre part, il s'agit de protéger la justice administrative : car il deviendrait impossible de justifier l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître du contentieux administratif si ce dernier se trouve occasionnellement tranché par un arbitre [qui, non seulement n'est pas un juge administratif spécialisé, mais n'est même pas un juge étatique].

2. Multiplication des exceptions

a) L'arbitrage interne

250. Les textes prévoient deux types d'assouplissement [certains cas étant visés par l'article L. 311-6 du Code de justice administrative].

251. Assouplissements ratione personae. – Ils concernent certains établissements publics. D'abord, des établissements administratifs, que le législateur peut autoriser ponctuellement à compromettre [par ex., Code du patrimoine, art. L. 523-10 et art. R. 523-52 s. ; pour l'INRAP, en matière d'archéologie préventive]. Les litiges contractuels sont quelquefois visés de façon expresse [Code de commerce, art. L. 710-1 et art. D. 711-75 s. ; pour les chambres de commerce et d'industriel]. Ensuite, des établissements industriels et commerciaux : d'une part, des catégories d'EPIC peuvent être autorisées par décret à compromettre [C. civ., art. 2060 al. 2] ; d'autre part, le législateur peut autoriser tel ou tel EPIC à compromettre [par ex., la SNCF ayant sa « sociétisation », prévue par la loi du 27 juin 2018 : Code des transports, art. L. 2141-5 et art. L. 2111-14]. Dans tous ces cas, c'est surtout en vue du règlement de litiges contractuels [de droit public ou privé] que le recours à l'arbitrage trouve son sens.

252. Assouplissements ratione materiae. – Ils intéressent spécifiquement le secteur contractuel, à trois titres⁴³.

42. E. Lescure : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (Berger-Levrault, 2^e éd., 1994, T. 2, p. 152).

43. Des contrats administratifs se trouvant en cause, le juge administratif est compétent pour contrôler – le cas échéant – la sentence. La nature du contrat à l'origine du litige détermine, en effet, l'autre juridiction compétente [par ex., T. confil., 16 oct. 2006, Cassation centrale de reassurance : AJDA 2006, p. 2382, chron. Lucas et Lucas ; JCPA 2007, note Russel ; ROC 2007, p. 457, chron. Blaauw ; RPD4 2007, p. 284, concil. Smeij ; RJEP 2007, p. 30, concil.]. Ce juge est aussi compétent quand la décision à l'origine du litige met en

253. En premier lieu, l'article 129 de l'ancien Code des marchés publics [abrogé au 1^{er} avr. 2016] prévoyait le recours à l'arbitrage dans des conditions restrictives. Il ne visait que certains pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, établissements publics locaux) ; il ne concernait que la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures. La jurisprudence administrative considérait, au surplus, que seul le compromis – et non la clause compromissaire – était licite (par ex. : CE, 8 mars 1961, *Sel Courrier Transocéan*⁴⁴). Le périmètre de l'arbitrage restait donc très restreint dans le contentieux des marchés publics. Ce dispositif n'a pas été repris par l'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015 et le décret « Marchés publics » du 25 mars 2016, mais il est réapparu au sein du Code de la commande publique avec une rigueur toutefois amoindrie, le recours à l'arbitrage étant maintenant ouvert pour tous les litiges relatifs à « l'exécution financière » (CCP, art. L. 2197-6). Ses potentialités apparaissent ainsi beaucoup plus tangibles que naguère.

254. En deuxième lieu, les contrats de partenariat « comportaient nécessairement des clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française » (ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 11-I et 14. – Cf. DGCT, art. L. 1414-12-II⁴⁵). Pour la première fois, l'arbitrage a été ouvert à l'égard d'une catégorie entière de contrats administratifs. L'ordonnance « Marchés publics » du 23 juillet 2015 (art. 90) – qui a abrogé celle de 2004 – a repris ce dispositif pour les marchés de partenariat sous une forme moins contraignante, elle-même conservée lors de la codification du droit de la commande publique : « les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française » (CCP, art. L. 2234-1).

255. En troisième lieu, l'arbitrage a été ouvert à propos des litiges nés des contrats relatifs à certains événements sportifs exceptionnels : ceux concernant la construction ou à la rénovation des enceintes sportives destinées à accueillir l'Euro 2016 (loi n° 2011-417, 1^{er} juin 2011, art. 3rd) ; et ceux destinés à l'accueil des jeux Olympiques et Paralympiques à Paris en 2024 (loi n° 2018-202, 26 mars 2018, art. 6)⁴⁶.

43. *Courte des prérogatives de puissance publique* IT, conf., 16 nov. 2015, *Sel Broadband Paris* (proc. : CMP 2014, n° 20, note Olivière ; JCPA 2016, p. 1534, chron. Soucail).

44. Rec. p. 162.

45. V. M. Azor : *Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative* (Mév. avr. 2004, p. 541) ; S. Bousquet et J.-B. Moret : *La pratique de l'arbitrage en matière de contrats de partenariat* (ICAP 2009, Pratique 5) ; N. Caneau-Nouvel et R. Lasson : *La résolution des litiges dans les contrats de partenariat* (ACIA 2009, p. 1924) ; M. Laurent : *Marchés de partenariat et arbitrage* (AIDA 2016, p. 1162).

46. CMP 2011, n° 190, obs. Cusset ; PLCT sept. 2011, p. 14, obs. Guérin.

47. M. Lasson : *Arbitrage et personnes publiques : une dérogation supplémentaire* (IDA 2016, Etude 11).

b) L'arbitrage international

256. Les personnes publiques ne pouvaient demeurer à l'écart du développement du commerce international : or, les litiges relatifs aux contrats en cause sont usuellement tranchés par voie d'arbitrage⁴⁸. C'est pourquoi le principe d'interdiction s'est trouvé assorti d'exceptions de trois ordres.

257. D'abord, dans le cadre de conventions internationales. Celles prévoyant le recours à l'arbitrage pour régler des litiges entre États et/ou organisations internationales sont fréquentes. À ce volet classique s'ajoute l'arbitrage « transnational », concernant les différends entre États d'accueil et investisseurs, qui a pris une ampleur considérable (le système dit ISDS – pour *Investment State Disput Settlement* – serait aujourd'hui prévu par plus de 3 000 traités commerciaux), spécialement au sein du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention de Washington (1965) et qui est la principale centrale d'arbitrage⁴⁹.

258. Ensuite, par la volonté du législateur. D'une part, l'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 (CJA, art. L. 311-6, 5^e) – « loi Eurodisneyland » –, votée à la suite de l'avis précité du Conseil d'État⁵⁰ – a autorisé l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics à souscrire des clauses compromissaires dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national. D'autre part, des catégories d'établissements publics administratifs – compétents en matière de recherche et d'enseignement supérieur (CNRS, INSERM, INRAE, etc.) – ont reçu la possibilité de recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de contrats passés avec des organismes étrangers.

259. Enfin, le juge judiciaire écarte depuis les années 1980 la prohibition de l'arbitrage à l'égard des contrats commerciaux internationaux⁵¹ (Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1986, Galakis⁵²) : il la cantonne à l'ordre interne, sachant qu'il est en principe compétent pour contrôler les sentences rendues dans les arbitrages internationaux, même si le contrat à l'origine du litige est administratif au sens du droit français. Ceci, sauf quand le recours implique une vérification de leur conformité aux règles impératives du droit public français concernant la commande publique *lato sensu* ou l'occupation du domaine public (T. conf., 17 mai 2010, INSERM⁵³ ; T. conf., 11 avr. 2016, Sté

48. M. Auzier [dir.] : *Contrats publics et arbitrage international* (Briyani, 2011).

49. V., E. GALLARD : *La jurisprudence du CIRDI* (Pedone, 2 vol., 2004/2010).

50. V., n° 248.

51. M. LAURENT : « L'arbitre international et les contrats administratifs français » (Méf, Alger, LGDJ, 2015, p. 421).

52. D. 1986, p. 575, note Rousset ; JCPU 1986, II, 14798, note Louzeau ; JDI 1986, p. 648, note Louzeau ; RCDP 1987, p. 553, note Golmeh.

53. RFDA 2010, p. 759, cond. Bourassa, p. 971, note Dauvast. Sur les limites de la compétence administrative à l'égard d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger : CE, 19 avr. 2010, Synd. mixte des aéroports de Charente (AJDA 2010, p. 1275, chres. Dauvast et Berthomé).

*Fosmax*⁵⁴). En filigrane transparaît l'idée que certains contrats administratifs seraient « plus administratifs que les autres ». Cette dernière solution, marquant – sous l'apparence d'un juste partage entre ordres juridictionnels – une avancée du juge administratif en la matière, a été mal vécue par les privatistes⁵⁵. Il n'est pas interdit d'y voir l'origine de la contrariété de jurisprudences sur une question connexe, le juge administratif se réservant une compétence en matière d'*exequatur* [i.e., de décision donnant force exécutoire des sentences arbitrales rendues à l'étranger (CE, 19 avr. 2013, *Synd. mixte des aéroports de Charente*⁵⁶)] tandis que le juge judiciaire considérait disposer d'une compétence exclusive (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, *Sté Ryanair et AMS*⁵⁷). La querelle a tourné à l'avantage du juge administratif qui, dans le prolongement des premières conquêtes, s'est vu attribuer la connaissance des demandes d'*exequatur* des sentences arbitrales, toujours par exception et sous les mêmes conditions de soumission à certaines règles impératives (CE, 9 nov. 2016, *Sté Fosmax LNG*⁵⁸; T. conf., 26 avr. 2017, *Ryanair Limited*⁵⁹).

260. La question d'une libéralisation du recours à l'arbitrage en matière administrative (dans la pratique, surtout pour le règlement des litiges contractuels) est posée depuis un certain nombre d'années. En 2007, le « rapport Labetoulle » avait préconisé un véritable renversement⁶⁰, en suggérant d'admettre d'une façon générale – quitte à passer d'un excès à un autre – la licéité de l'arbitrage pour les litiges nés des contrats conclus par les personnes publiques (à l'exception des contrats de louage de services). Mais une sentence arbitrale – en l'occurrence, celle rendue en juillet 2008 dans le différend opposant l'homme d'affaires B. Tapie (qui a fait de la résistance) au Consortium de réalisation chargé de liquider les actifs du Crédit lyonnais – devait durablement discréder, aux yeux de l'opinion publique, le recours à l'arbitrage dans les litiges où de l'argent public est en

54. CMF 2013, n° 174, note Bruneau; DA 2013, n° 49, note Bramet; JCP G 2013, p. 1282, note Levaud.

55. BJC/P 2016, p. 298, concl. Escutin; CMF 2016, n° 146, note Pomm; Rev. arb. 2016, p. 1140, note Bruneau.

56. V., pour une critique de la répartition des compétences, M. Laurent: Marchés de partenariat et arbitrage (préf.).

57. BJCP 2013, p. 279, concl. Peilloux; Cahiers arb. 2013, p. 1080, note Jourde et Chano-Nouar; JCPA 2013, 2245, note Muscar; JCPG 2013, 748, note Levaud; Rev. arb. 2013, p. 761, note Levaud.

58. AJDA 2016, p. 671, note Levaud; JCPA 2016, 2045, note Levaud; Rev. arb. 2016, p. 1131, note Levaud.

59. AJDA 2016, p. 2368, chron. Dureuillet et Lamotte et Omer; BJCP 2017, p. 3, étude Nicaise; DA 2017, n° 12, note Bramet; JCPA 2013, 2065, note Chano-Nouar et de Konsaoui; RFDN 2016, p. 1154, concl. Peilloux; RFDN 2017, p. 111, note Dureuillet.

60. AJDA 2017, p. 981, chron. Dureuillet et Roussel; BJCP 2017, p. 250, obs. Nicaise; CMF 2017, n° 174, note Dureuillet; JCPA 2017, 259, note Chano-Nouar et de Konsaoui.

61. AJDA 2008, p. 610, comm. Levaud, Jourde et Rio-Or; AJDM 2008, p. 905, comm. Travers et Varet.

jeu⁶¹. Ainsi l'occultation administrative à l'arbitrage ne saurait-elle se réaliser, pour l'heure, que dans des proportions limitées.

Pour résumer, les modes alternatifs de règlement des litiges – d'ailleurs de plus en plus institutionnalisés, ce qui constitue un véritable dévoilement de leur esprit d'origine – ne présentent qu'une importance marginale dans le droit des contrats administratifs, en dépit de la promotion dont ils font l'objet. Le rôle du juge administratif reste, en conséquence, essentiel.

III. Le contentieux administratif des référés

261. Différentes procédures de référé, prévues par le Code de justice administrative, peuvent occasionnellement trouver à s'appliquer dans le secteur contractuel : référé-suspension [CJA, art. L. 521-1] contre un acte détachable du contrat⁶² ou à l'appui d'un recours *Tropic/Tarn-et-Garonne ou bien Béziers*⁶³ ; référé-conservatoire ou mesures utiles [CJA, art. L. 521-3], par lequel le juge adresse des injonctions au cocontractant qui a interrompu l'exécution, afin que soit préservée la continuité du service public ; ou encore, référé-provision [CJA, art. R. 541-1], qui permet à une partie d'obtenir une provision lorsque l'obligation pecuniaire de son cocontractant n'est pas sérieusement contestable (cette faculté jouant même au profit des personnes publiques. V. CE, 24 févr. 2016, Opt de l'Eure⁶⁴).

262. Mais le plus notable réside dans l'existence de référés spécifiques au droit des contrats administratifs⁶⁵, issus de la transposition des directives « Recours » n° 89/665 du 21 décembre 1989 (pour le premier, à vocation préventive) et n° 2007/64 du 11 décembre 2007 (pour le second, à finalité curative) : il s'agit du référé précontractuel (créé par la loi n°92-10 du 4 janvier 1992) et du référé contractuel (créé par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai

61. V. Aus. nul., rapport d'information n° 3296, mars 2011 ; Cour des comptes, référé 12 nov. 2010. Plusieurs protagonistes de cette vaste affaire ont, depuis lors, été mis en examen pour escroquerie en bande organisée (janv 2013). Le dossier, avec ses multiples volets juridiques, n'est toujours pas refermé, malgré l'inaudience relâche générale prononcée par le tribunal correctionnel de Paris dans un jugement du 9 juillet 2017 ; le parquet de Paris a fait appel de cette décision.

62. Ainsi, la liste des fauteurs d'un appel d'offres peut faire l'objet d'un référé-suspension, dans le délai de retours de deux mois malgré une erreur de notification [CE, 6 oct. 2017, Société Réunissois : UICP 2016, p. 55, concr. Boussel]. De même, le référé en matière de secret des affaires – créé par le décret n° 2009-1502 du 28 décembre 2009 [CJA, art. R. 557-2] – est susceptible d'applications dans le champ de la commande publique.

63. V. n° 294 p. et n° 311 p.

64. CMP 2016, n° 113, note Perna ; JCPA 2016, 2073, note Caussé.

65. Pour une synthèse, N. Bouloumi : Référés en matière de contrats publics [J.-C. Justice administrative, fasc. 55, 2013]. V. aussi, D. Le Bon : Le guide des référés administratifs [Dalloz, éd. 2018/2019]. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, il existe des procédures journalières devant le juge civil, s'agissant des contrats de droit privé des pouvoirs adjudicateurs (ou des entités adjudicatrices). V. également, sur ce sujet, dossiers in *Contrats publics* mars 2016 et juin 2017.

2009, complétée par un décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009⁶⁶, dont le but commun est d'assurer le respect des règles de publicité et de mise en concurrence encadrant la passation des contrats de la commande publique [il y a là un exemple de « sur-transposition », ces référents pouvant être utilisés quel que soit le montant du contrat, alors que chez certains de nos voisins, leur utilisation est conditionnée par le franchissement de seuils financiers]. L'étendue des pouvoirs dont le juge dispose conduit à rattacher ces référents au contentieux de la pleine juridiction, même si le particularisme du contentieux des référents justifie de les distinguer des recours de plein contentieux présentés devant le juge du fond⁶⁷.

A. Prévenir : le référent précontractuel

263. Le dispositif relatif au référent précontractuel (CJA, art. L. 551-1 à L. 551-12 ; art. R. 551-1 s.) est issu d'une stratification de textes [V., initialement : loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 et n° 93-122 du 29 janvier 1993], qui avaient distingué un référent « secteurs classiques » et un référent « secteurs exclus » (Code TA et CAA, anciens art. L. 22 et L. 23). Ces textes ont doté le juge de pouvoirs particulièrement énergiques en cas de manquement aux obligations de transparence commis pendant la phase de conclusion des contrats administratifs à procédure encadrée (la question de savoir si tel ou tel contrat est soumis à une procédure de passation obligatoire importe donc, non seulement du point de vue des règles à respecter, mais également – ce qui est logique – en ce qui concerne la recevabilité des recours destinés à en garantir l'application). Ce référent est aujourd'hui très largement utilisé⁶⁸.

264. Originellement réservé aux marchés publics, le référent précontractuel a vu son champ se dilater, d'abord aux délégations de service public (loi dite « Sapin » n° 93-122, 29 janvier 1993), ensuite – et notamment – aux contrats de partenariat (ordonnance n° 2004-559, 17 juin 2004 ; extension d'autant plus justifiée que ces contrats s'analysent aujourd'hui comme des marchés). L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 a modifié la façon d'en délimiter le périmètre, abandonnant la méthode énumérative pour une définition matérielle : sont, en effet, concernés les « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit

66. Sur cette ordonnance, BJOP 2009, p. 358, comm. Tousaré et Gouyou ; CMP 2009, n° 177, comm. Cuauhtémoc, Etude II, comm. Luton ; DA 2009, n° 92, comm. Piz. V. aussi, H. Lemaire, Analyse comparative des référents pré et postcontractuels : quel recours choisir ? (Contrat public sept. 2009, p. 28).

67. Sur ces derniers, V. n° 289 s.

68. Un exemple : au printemps 2017, l'entreprise J.-C. Decaux avait perdu le marché des « Wibis » parisiens au profit de Smoovengo ; elle a essayé, sans succès, d'empêcher la signature du nouveau contrat par cette voie.

d'exploitation, *loué la délégation d'un service public* » [CJA, art. L.551-1]⁷⁰; bref, les contrats de la commande publique. Au regard de ce qu'il recouvrait auparavant, ce champ s'est élargi : outre les contrats précédemment visés (marchés publics et partenariats, concessions), d'autres sont maintenant concernés (concessions lispécifiques) d'aménagement, certains contrats immobiliers...). En revanche, n'étaient pas touchés jusqu'en 2017 les contrats d'occupation du domaine public, qui ne chargent le cocontractant ni de l'exécution de travaux pour le compte de l'administration ni de la gestion d'un service public⁷¹, quand bien même une procédure de mise en concurrence aurait été appliquée volontairement [CE, 19 janv. 2011, CCI de Pointe-à-Pitre⁷²]. La mise en concurrence prévue par l'ordonnance n°2017-542 du 19 avril 2017 pourrait conduire à modifier l'état du droit. Cette évolution aboutirait soit à assouplir l'interprétation stricte adoptée par le juge [V., CE, 14 févr. 2017, Sté de manutention portuaire d'Aquitaine⁷³], soit à étendre la liste législative des contrats concernés⁷⁴.

265. Le rétention précontractuel a une vocation préventive : il s'agit de paralyser la passation d'un contrat non encore conclu, comme l'indique l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009. Aussi la demande est-elle irrecevable à partir de la conclusion du contrat IV., antérieurement : CE, 3 nov. 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées⁷⁵), la date à considérer étant celle de sa signature. Afin d'éviter que cette procédure soit mise en échec, l'ordonnance du 7 mai 2009 prévoit un double mécanisme de suspension. D'une part, l'organisme adjudicateur doit – dès la décision d'attribution du contrat soumis à une procédure formalisée – s'abstenir de signer celui-ci pendant un délai raisonnable afin de permettre aux candidats écartés de former un recours [CJA, art. L. 551-18 et L. 551-20 ; CCP, art. R. 2182-1 : délai de « standstill », dont le minimum varie de onze à seize jours⁷⁶]. D'autre part, la saisine du tribunal administratif entraîne automatiquement la suspension de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision

70. Il importe peu que le prix soit versé, ou non, par le pouvoir adjudicateur [CE, 26 sept. 2002, CCI Groupeement des pouvoirs extérieurs : BUCP 2012, p. 478, concl. Poussin, obs. Nouze, CMP 2013, n° 37, comm. Deville, GM 2013, n° 3, note Blanot].

71. Par ex., DAA Paris, 8 mars 2012, Sté Rouencaut [CMP 2012, n° 162 et n° 163, obs. Ussel-Bessonne, JCPA 2012, 2329, chiron, Chauvin-Houel].

72. AJDA 2011, p. 1330, note Calus, BUCP 2011, p. 101, concl. Boussac, CMP 2011, n° 84, note Ecom, V. aussi, s'agissant d'un contrat relatif à l'installation et à la gestion de panneaux publicitaires, CE, 3 déc. 2014, Etablissement public Assain et Société Méritex : AJDA 2015, p. 1107, note Hornez, BUCP 2015, p. 128, concl. Poussin, CMP 2015, n° 48, note Ecom, JCPA 2015, 2345, note Vassiat-Leroux.

73. Prc, n° 75 [une convention de terminal portuaire n'entre pas dans le champ de l'art. L. 551-1 CJA].

74. V., I. Chauvin : Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence [RFDA 2013, p. 1129].

75. Rer, p. 394, concl. Chauvin.

76. Le délai varie notamment en considération du mode, électronique ou non, de notification. – V., F. Dieu : Le respect du délai de standstill [JCPA 2012, 1296].

juridictionnelle ICJA, art. L. 551-4 et L. 551-9⁷⁶. En outre, le juge paraît réticent à appliquer la jurisprudence Crabaj au référent précontractuel, puisqu'il a écarté l'exigence d'un délai raisonnable de saisine⁷⁷.

266. En dehors de situations particulières (notamment celle du « référent préfectoral », formé par le représentant de l'Etat), les personnes habilitées à agir sont – d'après le Code de justice administrative, qui prévoit deux conditions cumulatives (art. L. 551-10) – celles ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué⁷⁸. Négativement, cela exclut tant le candidat dont l'offre n'est pas régulière (CE, 11 avr. 2012, Synd. ODF 1218 Newline Lloyd's Londres⁷⁹ ; CE, 15 févr. 2013, Cne de Monéteau⁸⁰) – sauf lorsque l'irrégularité n'a pas donné lieu à rejet ou à demande de régularisation (CE, 3 déc. 2014, Dpt de la Loire-Atlantique⁸¹ – que l'attributaire du contrat lui-même (CE, 23 déc. 2011, Dpt de la Guadeloupe⁸²). Positivement, la jurisprudence a dessiné par touches successives le portrait du candidat évincé, en considérant par exemple que le rang de classement de l'offre n'est pas déterminant (CE, 3 oct. 2012, Sét Déménagement Le Gars⁸³). Au-delà, la mansuétude du juge autorise même un tiers qui n'aurait pas candidaté ou déposé d'offre – dont la régularité ou le caractère approprié n'a pu être apprécié, par définition – à former un référent précontractuel (CE, 29 avr. 2015, SWADE⁸⁴). Mieux vaudrait donc, parfois, s'abstenir de participer à une procédure de passation pour conserver de réelles chances au contentieux...

267. L'interprétation prétorienne de cette disposition en a significativement réduit la portée : alors qu'à l'origine, tout manquement pouvait être invoqué, les requérants ne sont plus recevables à invoquer dorénavant que les manquements qui « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de

76. La suspension de la signature du contrat s'impose au pouvoir adjudicateur dès qu'il a été informé par le greffe du tribunal administratif de l'existence d'un référent précontractuel, même si le requérant ne le lui a pas notifié (CE, 1^{er} mars 2012, DIFAC du Rhône : DA 2012, n° 47, note Bessac).

77. CE, 12 juil. 2017, SMI études créations et informatique (UCP A 2017, 2012, note Laroche). Rappelons que cette jurisprudence – très discutée – a privé un délai raisonnable (dans l'air pour former un recours à l'encontre d'un acte lorsque la mention des voies et délais de recours n'a pas été véritablement effectuée (manquement qui avait pour conséquence de ne pas déclencher le délai de recours et permettant des actions contentieuses sans limite temporelle).

78. Le requérant doit informer le pouvoir adjudicateur de la saisine du juge des référents (ICJA, art. R. 551-10).

79. CMP 2012, n° 198, note Pate ; JCPA 2012, 2194, note Laroche ; JCPA 2012, 2327, concl. Boucic : Procédures 2012, n° 205, obs. Bessac.

80. AJDA 2013, p. 1031.

81. UICP 2015, p. 135, concl. Pellegrin ; CMP 2015, n° 92, note Pate ; JCPA 2015, 2141, note Laroche.

82. AJDA 2012, p. 442, note Chesse ; CMP 2012, n° 57, note Pate ; DA 2012, n° 26, note Bessac.

83. JCPA 2012, Art. 662.

84. AJDA 2015, p. 1747, note Malard ; UICP 2015, p. 348, concl. Pellegrin ; DA 2015, n° 41, note Anquier ; JCPA 2015, 2298, note Marin.

les lésier» [CE, 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*⁸⁵]. Motivée par une volonté d'éviter l'excès de formalisme et de limiter un contentieux dont le volume devenait pathologique, cette importante solution – bien qu'étant, sans doute, opportune – soulève des problèmes délicats [détermination des manquements susceptibles d'avoir lésé une entreprise candidate, multiplication de contrats dont la validité sera contestée plus tard, etc.].

268. Le juge saisi – président du tribunal ou son délégué – statue seul en premier et dernier ressort (un recours en cassation étant uniquement possible), sans audition d'un rapporteur public, après audience publique et dans un délai indicatif de vingt jours maximum [CJA, art. R. 551-5⁸⁶]. S'il ne saurait apprécier la valeur des offres présentées, le juge du référé précontractuel peut contrôler la dénaturation de leur contenu⁸⁷. Il dispose d'une palette de pouvoirs étendue⁸⁸ [mais ne saurait prendre de décisions à caractère péculinaire, comme l'octroi de dommages et intérêts], dont la mise en œuvre doit être proportionnée au manquement constaté⁸⁹. L'originalité réside dans le fait qu'ils peuvent être exercés d'office [CJA, art. L. 551-12] et emporter un effet définitif. Il faut distinguer deux situations.

269. S'agissant des contrats des pouvoirs adjudicateurs – soit, ceux passés dans les secteurs « classiques » –, les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont considérables [CJA, art. L. 551-2] : il peut prendre des mesures provisoires [ordonnées sous la réserve d'un bilan coûts-avantages favorable], qui correspondent à l'exercice à la fois d'un pouvoir d'injonction [injonction faite à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations] et d'un pouvoir de suspension [de l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat]. Mais il peut aussi prononcer des mesures définitives [annulation de décisions se rapportant à la passation du contrat,

85. AJDA 2008, p. 2161, chres. Germe et Lassus, p. 2374, note Cassa; CIMP 2008, n° 264, note Père et Replat 10, obs. Lassus et Saiz-Couture; CE 2008, n° 154, obs. Bouet et Lassus; RFDA 2008, p. 1128, concl. Dassas, p. 1129, note Dassas. Pour une transposition aux contrats de droit privé: Cass. com., 23 oct. 2012, 5e Ch. Clôture France [AJDA 2012, p. 2199]. Pour un bilan détaillé, cf. Dassas; Dir. ass. de Smirgeomex [AJDA 2008, p. 2000].

86. Malgré le rôle réduit pour examiner le dossier, le juge peut mener des analyses approfondies justifiant, par exemple, de lever le secret des affaires [CE, 17 oct. 2016, Cee d'Hyères-les-Palmiers ; AJDA 2014, p. 2475, chres. Issac, Nicolle et Guillet; BUCP 2017, p. 53, concl. Proust]; CIMP 2014, n° 293, note Eckart].

87. CE, 20 janv. 2014, Cie intercommunale des ailes solidaires [AJDA 2014, p. 1186, note Pouzin; BUCP 2014, p. 213, concl. Pouzin]; CIMP 2014, n° 80, note Dassas].

88. V. not., N. Dassas-Cos : L'office du juge du référé précontractuel : la recherche permanente de l'effet utile = [COPA 2012, 2539]. Antérieurement, P. Cézé : Pratique des référés précontractuels (Léc, 2008).

89. À titre d'exemple, un manquement lors de la phase de sélection des offres ne saurait conduire à une annulation intégrale de la procédure [CE, 23 mars 2012, *Caisse des écoles de la Cee de Six-Fours-les-plages* ; CIMP 2012, n° 166, obs. Usseg-Bengoual]. Par ailleurs, comme son homologue, le juge du référé précontractuel peut procéder à une substitution de motifs pour justifier le rejet d'une candidature [CE, 17 juil. 2016, Cee de Montpellier; BUCP 2015, p. 384, concl. Proust]; CIMP 2015, n° 200, note Usseg-Bengoual; JCPA 2015, 2021, note Muret].

suppression de clauses illégales), qui aboutissent à une annulation – totale⁹⁰ ou partielle⁹¹ – de la procédure.

270. En ce qui concerne les contrats des entités adjudicatrices (CJA, art. L. 551-6¹, portant en général sur des services de réseaux, le juge ne saurait ordonner que des mesures provisoires ; elles résultent d'une injonction l'éventuellement assortie d'une astreinte faite à l'auteur du manquement de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à l'exécution du contrat ou de se conformer à ses obligations. Cette capitale déminutio trouve une justification dans la nécessité impérieuse d'assurer la préservation des-dits services de réseaux, que pourrait menacer une mesure définitive⁹².

B. Guérir : le réfééré contractuel

271. Le réfééré contractuel (CJA, art. L. 551-13 à L. 551-23 ; art. R. 551-7 à R. 551-10⁹³) vise à remettre rapidement en cause des contrats conclus en violation des règles de publicité et de mise en concurrence, qui n'ont [sauf cas particuliers] pas fait l'objet d'un réfééré précontractuel ; il s'agit de permettre une nouvelle passation dans des conditions régulières. S'il n'a pas été conçu comme une « seconde manche », la formation d'un réfééré précontractuel n'exclut pas forcément sa recevabilité ; ainsi, quand le réfééré contractuel est introduit par un concurrent évincé qui avait auparavant formé un réfééré précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par la faute du pouvoir adjudicateur (CE, 10 nov. 2010, *France Agrimer*⁹⁴). Reste que la méconnaissance du délai de « standstill » n'ouvre pas automatiquement les portes du réfééré contractuel. Lorsqu'un concurrent évincé introduit son réfééré précontractuel trois jours après le terme – théorique et non respecté – du délai de suspension de signature, il perd ainsi le bénéfice du réfééré contractuel, devenu irrecevable (CE, 24 mai 2017, *Ville de Paris*⁹⁵). L'articulation des deux référés suscite, au demeurant, une jurisprudence nourrie⁹⁶.

90. V. par ex., pour la concession de service relative à l'affichage publicitaire – notamment, numériquement – sur le mobilier urbain de la commune en cause, CE, 18 sept. 2017, *Ville de Paris* ; CMF 2017, n° 261, note Usseau-Bonnot.

91. Le juge ne saurait annuler plus que nécessaire [par ex., CE, 12 juin. 2011, *Dpt du Doubs* ; CMF 2011, n° 91, note Zanetti ; CE, 30 sept. 2011, *Dpt de Haute-Savoie* ; CMF 2011, n° 333, note Perau].

92. V., au sujet du parc de stationnement d'un aéroport, CE, 10 avr. 2015, *CDI réservataire d'Ajaccio et de Corse-du-Sud* ; BUCP 2015, p. 262, cond. Ouassia ; CMF 2015, n° 148, note Ecker ; JCPA 2015, 2223, note Lepoittevin.

93. Pour un bilan critique, P. Cassa : « Le réfééré contractuel : beaucoup de bruit pour – presque – rien » (Méth. Richer, LGDJ, 2013, p. 541).

94. BUCP 2011, p. 74, obs. Toussaint ; D4 2011, n° 9, note Bousset ; JCPA 2010, 2379, note Usseau.

95. BUCP 2017, p. 321, cond. Poussaud ; CMF 2017, n° 201, note Perau.

96. Par ex. : CE, 19 juin. 2011, *Saône-Grande port maritime du Havre* (AJD4 2011, p. 808, note Desprès ; BUDP 2011, p. 125, cond. Bousset ; CMF 2011, n° 92, note Ecker ; JCPA 2011, 2023, note Lepoittevin ; RDJ 2011, p. 775, obs. Nossovitch) ; CE, 26 juin 2011, *OPH Ecosse* (AJD4 2011, p. 1274) ; CE, 30 sept. 2011, *Cre de Malakoff-les-Metz* (CMF 2011, n° 204, note Perau) ;

272. Le champ d'application du référé contractuel correspond aux contrats de commande publique dont la procédure de passation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009. Si l'article L.551-13 dispose que le président du tribunal administratif (ou un magistrat délégué) peut être saisi d'un tel référé à l'égard des contrats qui entrent dans le champ du référé précontractuel, l'article L.551-15 prévoit des exclusions intéressant certains contrats (selon les cas soumis, ou non, à une publicité préalable ; ou fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique). Comme en ce qui concerne le référé précédent, la mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public pourrait appeler une modification des textes⁷⁷.

273. Le référé contractuel doit être formé dans un délai de trente et un jours à compter de l'accomplissement des mesures de publicité (avis d'attribution du contrat ou notification de sa conclusion), à défaut dans les six mois à partir du lendemain du jour de la conclusion du contrat (CJA, art. R.551-7). Sont habilitées à agir les mêmes personnes que celles pouvant former un référé précontractuel (soit, celles susceptibles d'être lésées par les manquements ; et le préfet pour les contrats des collectivités ou des établissements publics locaux). Peuvent être invoqués des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence, mais aussi – dans les hypothèses où un enchaînement des deux référés est possible – des manquements tenant au non-respect des obligations liées au référé précontractuel⁷⁸.

274. Le juge statue, éventuellement d'office (art. L.551-21), dans un délai d'un mois, en premier et dernier ressort (CJA, art. R.551-9)⁷⁹. Il peut d'abord, sauf bilan défavorable, suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance (CJA, art. L.551-17) ; cette suspension n'est pas automatique, contrairement à celle résultant du référé précontractuel. Il doit, ensuite, prononcer la nullité du contrat dans des hypothèses visées par

76. BM 2011, n° 91, note Baroni ; RCI 2011, p. 542, obs. Nouzeau ; CE, 1^{er} mars 2012, OPAC du Rhône (CIMP 2012, n° 127, note Zazzoli) ; CE, 5 mars 2014, Région Alsace (BJCP 2014, p. 176, concl. Dicou) ; CIMP 2014, n° 155, note Zazzoli) ; CE, 17 juil. 2015, 5^e chambre (CIMP 2015, n° 234, note Pern) ; ACRA 2015, 3372, note Marnet. Afin de conserver un effet utile aux procédures de référé, le juge estime que le délai de suspension court à compter de la réception de la notification d'un référé précontractuel, et non de sa connaissance effective (CE, 14 nov. 2017, 5^e ch. des eaux de Marseille) ; BJCP 2017, p. 109, concl. Pheuzen ; CIMP 2017, n° 106, note Pern). V. encore, s'agissant de la signature d'un contrat malgré la formation d'un référé précontractuel au moyen de l'application «Télérecours», CE, 17 oct. 2016, Min. de la défense c/ 5^e tribunaux (BJCP 2017, p. 52, note Renucci) ; BJCP 2017, p. 41, concl. Pheuzen ; CIMP 2016, n° 272, note Pern). – Add., C. Basso, Y. Soumaré, Le référé contractuel – Premières précisions jurisprudentielles (D4 2010, Etude 22) ; P. Russi, Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé contractuel (CIMP 2011, Etude 10).

77. V. par ex., P.S. Hawas : Les recours contre les autorisations contractuelles d'occupation du domaine public (CJPA 2017, 2150) et J.-C. Propriétés publiques, Fasc. n° 77-50.

78. Violation du délai de «standstill», non-respect de la suspension de la signature du contrat, méconnaissance de l'ordonnance du juge du référé précontractuel.

79. A. Houzeau : La mise en œuvre des pouvoirs du juge du référé contractuel (Contrat public sept. 2009, p. 52).

l'article L. 551-18 (manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; non-respect du délai de « standstill »¹⁰¹ ou de la suspension automatique provoquée par la saisine du juge du référé précontractuel, quand certaines conditions sont réunies). Toutefois, si l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général fait obstacle à l'annulation du contrat (qui a un effet rétroactif), le juge peut simplement résilier celui-ci (pour l'avenir), en réduire la durée ou imposer une pénalité financière (CJA, art. L. 551-19). En dehors des cas visés à l'article L. 551-18, le juge « peut » – et non « doit » – prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière (art. L. 551-20). En tout état de cause, il ne saurait normalement allouer des dommages et intérêts, hors le cas de demandes reconventionnelles (art. L. 551-16).

275. En dépit de la multiplication des outils mobilisables en référé, la situation actuelle n'est pas idéale au plan de l'efficacité¹⁰². Le juge du référé – tant précontractuel que contractuel – exige en pratique un intérêt effectivement lésé, qui n'est pas toujours simple à démontrer. Quant aux référés « génériques », ils restent d'un maigre secours en la matière : ainsi le référé-suspension ne présente-t-il qu'une utilité limitée, la condition d'urgence n'étant pas remplie dans la plupart des cas. Les réformes successives n'ayant pas accouché d'un état du droit satisfaisant, la question de la rationalité de « l'offre contentieuse » devant le juge administratif des référés demeure posée¹⁰³.

III. Le contentieux de l'excès de pouvoir

276. Depuis le dernier tiers du xx^e siècle, le recours pour excès de pouvoir est normalement irrecevable à l'égard des contrats (par ex., CE, 20 déc. 1897, *Le Bu*¹⁰⁴), sans que le juge en ait jamais vraiment exposé les raisons. Souvent critiqué en doctrine, ce principe a pu être justifié par l'exception de recours parallèle (le requérant étant supposé pouvoir faire valoir ses prétentions devant le juge du plein contentieux et par les effets trop mécaniques – encore qu'ils le soient de moins en moins – du recours pour excès de

101. Pour un exemple : CE, 1^{er} juin 2011, *Kosel* (JU/JCP 2011, p. 301, cond. Ducreux, p. 310, obs. Soumard) ; CMF 2011, n° 310, note Perrin ; JCPA 2011, 2258, note Laurent). Précisant les pouvoirs du juge dans cette hypothèse : CE, 30 nov. 2011, *Sid DPM protection* (JU/JCP 2012, p. 270, note Ducreux) ; CMF 2012, n° 58, note Perrin ; DA 2012, n° 15, note Laurent) ; JCPA 2012, 2002, note Laurent).

102. P. Ducreux : *Les insuffisances des procédures de référé* (JU/JCP 2011, p. 320) ; N. Laroche : *Référé contractuel : premier bilan d'un recours bien peu efficace* (*La Gazette*, 11 juill. 2011, p. 48).

103. V. not., J. Bouyoux, P. Tanguy : *Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ?* (JU/JCP 2014, p. 2055). – S'agissant de l'articulation entre les référés depuis qu'existe le recours *Farré-et-Baronne*, CE, 23 janv. 2017, *Sid Decremps BTP* (JU/JCP 2017, p. 888, note Huppert) ; CMF 2017, n° 79, note Perrin) ; DA 2017, n° 27, note Bourrat).

104. Rec. p. 848. Selon les auteurs, l'origine de cette irrecevabilité se situerait dans les années 1860, 1870 ou 1880.

pouvoir. En réalité, la principale explication résidait dans la crainte d'une « explosion » du contentieux contractuel, si des tiers pouvaient accéder au prétoire par un tel biais.

277. Ce recours est parvenu à encercler, voire à pénétrer ponctuellement, la sphère du contrat¹⁰⁴; mais ce dernier a résisté à ses assauts répétés. La période actuelle est marquée par un fort mouvement de reflux, le recours pour excès de pouvoir – dont on avait pu penser, naguère, qu'il allait conquérir la forteresse contractuelle – ayant finalement été supplanté par de nouvelles voies de droit rattachées au plein contentieux¹⁰⁵.

A. Recours pour excès de pouvoir et actes détachables

278. Il s'agissait, comme au billard, de procéder indirectement : au cas d'espèce, d'attaquer des actes préalables ou postérieurs à la signature du contrat, dont l'annulation pouvait conduire selon les cas à fragiliser, voire à faire disparaître, celui-ci¹⁰⁶. Si l'on emploie l'imparfait, c'est que la jurisprudence en cause – qu'il importe malgré tout de connaître pour une bonne compréhension de la discipline – a été complètement remise en question en 2014. De l'ancien édifice contentieux ne demeurent que quelques pierres éparses¹⁰⁷.

1. L'arrêt Martin : pour mémoire

279. À l'idée que les actes préalables à la signature du contrat en étaient indivisibles et, par suite, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, a succédé au début du XX^e siècle celle d'après laquelle ils en étaient détachables et pouvaient, dès lors, être attaqués par cette voie [CE, 4 août 1905, *Martin*¹⁰⁸]; ceci, que fut en cause un contrat administratif ou de droit privé. C'est à l'égard des tiers que le recours pour excès de pouvoir présentait son véritable intérêt, puisque ceux-ci ne pouvaient contester directement le contrat alors qu'ils y avaient souvent intérêt (c'était le cas des usagers d'un service public mécontents des conditions de sa gestion déléguée, par

104. Par ex., J.-P. Perrin : *Recours pour excès de pouvoir* [Li-Ci, Contrats marchés publ., Fasc. 31]; J.-M. Perrin (dir.) : *Contrat et recours pour excès de pouvoir* (IRUAM, 2008); J. Wauquiez : « Contrat et recours pour excès de pouvoir » (Mé. Cabanes, Dalloz, 2007, p. 899). Aujourd'hui, P.-F. Boivin : *Contrat et recours pour excès de pouvoir* (IRGP 1990, p. 58); J. Léauzeau : *Contribution à l'étude de la distinction des contentieux. Le problème de la compétence du juge du contrat en matière administrative* (AJDA 1974, p. 396).

105. Pour une synthèse, F. Breuer : *Le recours pour excès de pouvoir et le contrat* (UCPA 2012, 2013).

106. Sur le sujet, V. par ex. L. Jaurand : *Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel* (IRGP 2011, p. 347); G. Dacor : « Variations sur l'acte détachable du contrat » (Mé. Dubet, PU Montpellier, 2006, T. 1, p. 503); L. Muccio, A. Passon : *Annulation de l'acte détachable et distinction des contentieux* (CM 2006, chans. II).

107. V. à ce sujet, D. Poussin : *Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ?* (IRGP 2010, p. 727).

108. Pour un plaidoyer contemporain, L. Muccio : *Sauvons l'arrêt Martin !* (AJDA, 2013, p. 129).

exemplaire. Depuis 1905 et durant un siècle, l'évolution de la théorie des actes détachables avait joué dans le sens d'un assouplissement, à plusieurs égards : appréciation libérale de l'intérêt à agir des tiers, multiplication des moyens invocables tirés non seulement de l'ilégalité de l'acte détachable, mais aussi de celle du contrat, laquelle réagissait sur l'acte qui le précédait¹⁰⁹) et des catégories d'actes détachables (si la plupart correspondaient aux délibérations des assemblées locales autorisant la conclusion des contrats, l'on y trouvait également les décisions de surseoir à la conclusion des contrats, celles refusant de les conclure, etc.).

280. Le « gros bataillon » du contentieux concernait les actes unilatéraux préalables à la conclusion du contrat, mais la jurisprudence Martin s'était aussi diffusée, de manière tardive – à partir des années 1980 – et dans des proportions beaucoup plus restreintes (le contentieux de l'exécution étant réputé purement contractuel, aux mesures d'exécution du contrat). C'est la complexité de la jurisprudence sur les actes détachables qui l'a condamnée : complexité dans le détail de laquelle on n'entrera pas (l'intérêt de la question n'est plus qu'historique), mais dont il faut savoir qu'elle concernait essentiellement deux points : les effets de l'annulation d'un acte préalable à la conclusion du contrat sur ce dernier, particulièrement subtil¹¹⁰ ; corrélativement, l'articulation entre l'office du juge de l'acte détachable et celui du juge du contrat¹¹¹, car l'annulation de l'acte détachable ne faisait pas automatiquement « tomber » le contrat (ce qui conduisait à des solutions sophistiquées : CE, 7 oct. 1994, *Lopez*¹¹²).

On verra que la déconstruction de la jurisprudence échafaudée à partir de l'arrêt Martin a offert une occasion de perfectionner le nouvel office du juge du plein contentieux contractuel (CE, 29 déc. 2009, *Cne de Béziers*¹¹³) ; cette adaptation pragmatique des pouvoirs juridictionnels a largement contribué, par ricochet, à la recomposition des voies de recours.

- 109. L'annulation peut être totale ou partielle quand l'acte détachable se rapporte seulement à certaines clauses du contrat, dérogatoires et distantes des autres).
- 110. L'annulation de l'acte détachable n'implique pas nécessairement la nullité du contrat. La solution dépendait essentiellement du motif d'annulation de l'acte et de son lien avec le contrat. Au demeurant, l'administration pouvait régulariser rétroactivement les actes détachables annulés, lorsque ils étaient atteints d'un vice de forme ou de procédure qui leur était propre et qui avait affecté les modalités dans lesquelles la personne publique avait donné son consentement (CE, 8 juin 2011, *Cne de Dommartin-Bessi* : AJDA 2011, p. 1685, note Dommartin ; BUCP 2011, p. 281, concl. Daconnay ; CMF 2011, n° 304, note Paire ; CM 2011, n° 74, note Breyer ; PLCT sept. 2011, p. 34, obs. Guillet).
- 111. Pour que l'annulation ne résulte point « platonique » (Bonneau), le juge du contrat devait être saisi ; mais les tiers n'y avaient pas directement accès. Afin de franchir le fossé les séparant, le Conseil d'Etat avait jeté un pont – étroit et malcommode – entre les deux terrains.
- 112. AJDA 1994, p. 867, chron. Touati et Sénac ; RFDA 1994, p. 1090, concl. Schwartz, p. 1093, note Poussin. V. not. CE, avis 25 janv. 1997 (EDCE 1998, n° 61, p. 127) ; CE, 1^{er} oct. 1993, Sri Le Recht-club international de Béziers-les-Mimosas (AJDA 1993, p. 810, concl. Poussin) ; RFDA 1994, p. 428, note Picard.
- 113. V. n° 290 s.

2. L'arrêt Martin : *la memoriam* ?

281. Que reste-t-il de la jurisprudence Martin ? Pas grand-chose, depuis un arrêt *Dpr de l'arr.-et-Garonne* [CE, 4 avr. 2014]¹¹⁴, puisque les tiers intéressés, gagnant à cette occasion une nouvelle voie de droit [le recours *Tropic élargil* ont perdu l'accès au juge de l'excès de pouvoir [les candidats évincés l'avaient déjà perdu en 2007, avec l'arrêt *Tropic*¹¹⁵]. Cependant, le Conseil d'État réserve deux cas, dans lesquels la jurisprudence de 1905 continuera à jouer. D'une part, les recours contre les actes administratifs détachables des contrats de droit privé [dont le contentieux est judiciaire relèvent toujours du juge administratif de l'excès de pouvoir (par ex., CE, 27 oct. 2015, *Arrou*¹¹⁶)] ; ce contentieux n'est pas négligeable, même s'il est moins volumineux aujourd'hui qu'hier [un exemple : les délibérations des assemblées locales préalables à la vente d'immeubles des collectivités territoriales]. D'autre part, au titre du contrôle de légalité, le préfet de département peut continuer de demander l'annulation des actes détachables du contrat, tant que celui-ci n'est pas signé. Il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir un peu particulier, qui ne doit pas être confondu avec le recours de plein contentieux dont le préfet dispose contre les contrats eux-mêmes¹¹⁷. Il faut ajouter à cela que la jurisprudence issue de l'arrêt *Dpr de Tarn-et-Garonne* ne s'applique qu'aux contrats conclus à partir de son prononcé, soit le 4 avril 2014 ; la jurisprudence Martin jouait donc encore dans les contentieux concernant les contrats antérieurs.

282. Le Conseil d'État a précisé les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat, qu'il soit administratif [cette précision étant antérieure : CE, 21 Nov. 2011, *Sté Ophrys*¹¹⁸] ou privé [CE, 27 déc. 2014, *Cne d'Uchau*¹¹⁹]. En résumé, le contrat n'a vocation à disparaître – par accord des parties ou décision du juge du contrat – que dans les cas les plus graves ; en dehors de ces hypothèses, le juge de l'exécution doit inviter à la poursuite des relations contractuelles, moyennant d'éventuelles mesures de régularisation [par ex., sur l'absence d'injonction de résilier un contrat de partenariat, vu des conséquences financières trop lourdes au regard de l'irrégularité procédurale : CE, 5 juill. 2017, *Cne de La Teste-de-Buch*¹²⁰].

114. V. n° 298 s.

115. V. n° 296 s.

116. CGP 2016, n° 23, note Paris ; JCPA 2016, 2347, note Miette.

117. V. n° 303.

118. AJD 2011, p. 1739, note Vincent-Léoux ; BJCP 2011, p. 633, concl. Daoust, p. 145, note Daoust et ci Moutoué ; CGP 2011, n° 123, note Paris ; DA 2011, n° 67, note Brasseur ; RDV 2011, p. 777, obs. Nouzeix.

119. Préc. n° 229. V. aussi, CE, 25 janv. 2017, *Assoc. Avenir d'Aix* [BJCL 2017, p. 140, concl. Véron].

120. AJD 2017, p. 2198, note Ricciardi ; BJCP 2017, p. 158, concl. Pellegrin ; CGP 2017, n° 250, note Edouard ; JCPA 2017, 2245, note Miette.

203. La jurisprudence Dpt de Tarn-et-Garonne emporte un prolongement important et comporte une nuance limitée. En premier lieu, elle intéressait les actes antérieurs à la conclusion du contrat. Allant au bout de la logique, le Conseil d'État a étendu la solution aux actes d'exécution du contrat, ou du moins à certains d'entre eux : les décisions de refus de résilier les contrats ICE, 30 juin 2017, Synd. mixte de promotion de l'activité transmanche¹²¹). Les tiers, qui pouvaient jusque-là les attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir, perdent cette possibilité ; en revanche, ils pourront demander directement au juge du contrat de résilier celui-ci au titre d'un recours de pleine juridiction. Le juge dispose de pouvoirs correspondant mutatis mutandis à ceux prévus par l'arrêt Dpt de Tarn-et-Garonne. Les moyens invocables sont strictement encadrés et ce nouveau recours est aussi ouvert au préfet ainsi qu'aux membres des assemblées délibérantes. En second lieu, le Conseil d'Etat a malgré tout ouvert aux tiers la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre les actes d'approbation des contrats administratifs, à condition de n'invoquer que leurs vices propres ICE, 29 déc. 2016, ASSECO-CFDT Languedoc-Roussillon¹²²). Bien qu'ils conditionnent l'exécution du contrat, les actes d'approbation émanent par principe d'autorités extérieures à la relation conventionnelle ; aussi peut-il sembler artificiel de les inclure dans le contentieux contractuel.

On voit ainsi que des tendances un peu contradictoires sont à l'œuvre. Si le plein contentieux gagne bien sûr du terrain, le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables n'est pas tout à fait mort.

B. Recours pour excès de pouvoir et contrats

1. Recours contre certains contrats administratifs

204. L'irrécevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats ne souffre en droit positif qu'une exception jurisprudentielle¹²³. En effet, la proximité de la situation des agents publics contractuels – mise à part la durée normalement déterminée des contrats – par rapport à celle des fonctionnaires (qui sont en situation légale et réglementaire) explique ce qui, au regard des principes habituels du contentieux administratif, apparaît comme une curiosité : les contrats de recrutement d'agents publics, qui sont toujours administratifs, peuvent être attaqués grâce au recours pour excès de pouvoir – car c'est de cela qu'il s'agit, même si le juge n'emploie

121. BJCP 2017, p. 339, note Hauweau, p. 375, concl. Phuusuen ; CMP 2017, n° 247, note Piron ; DM 2017, n° 41, note Bousquet ; JCPA 2018, 2019, note Lapeyre ; JCPG 2017, 1032, note Hauweau. La jurisprudence ferme à cette occasion la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de telles mesures (N. autrefois, CE, 26 avr. 1984, 5e IIC / ADM 1984, p. 308, concl. Chamaillard).

122. BJCP 2017, p. 124, concl. Hauweau ; CMP 2017, n° 81, note Piron ; DM 2017, n° 14, note Bousquet.

123. Si l'on excepte une jurisprudence sans lendemain [CE, 7 juill. 1982, Cee de Guidel ; RDP 1983, p. 1349].

pas l'expression – par des tiers y ayant un intérêt suffisant [CE, 20 oct. 1998, Ville de Liseux¹²⁴] ; ainsi de postulants malheureux à l'emploi pourvu ou encore d'organisations syndicales, voire d'élus locaux [CE, 2 nov. 2015, Cne d'Aix-en-Provence¹²⁵].

285. Justifiée par le particularisme de ces contrats, une telle solution est demeurée doublement limitée. Elle ne s'est pas propagée à d'autres contrats administratifs qui constituent également des actes unilatéraux « déguisés » en contrats (par ex., les conventions d'organisation de service). Elle n'a pas davantage préfiguré une extension générale du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, comme on avait pu le penser un temps ; la jurisprudence a suivi, en effet, un autre chemin¹²⁶.

2. Recours contre les clauses réglementaires

286. Depuis le début du xx^e siècle, la jurisprudence a reconnu la nature réglementaire de certaines clauses des concessions puis, plus largement, des contrats « à objet de service public »¹²⁷. Elle a rapidement admis que ces clauses puissent être invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé par des tiers, notamment les usagers du service public [CE, 27 déc. 1906, Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli¹²⁸]. Cette invocabilité constitue une exception, justifiée par la nature particulière desdites clauses, au principe de l'effet relatif des contrats.

287. C'est beaucoup plus tardivement que le Conseil d'État est allé au bout de la logique, en admettant que ces clauses puissent faire elles-mêmes l'objet, vu leur nature – des « perles réglementaires » dans « l'autre contractualité » –, d'un tel recours [CE, 10 juill. 1998, Cayzeels¹²⁹] ; une autre possibilité consistant à demander au juge l'annulation du refus de les abroger. La solution est évidemment d'importance, car de telles clauses – qui concernent l'organisation et le fonctionnement du service public (clauses

124. AJDA 1998, p. 1061, chron. Foucault et Bouvier ; CJEC 1998, p. 62, *cascl. Sano* ; RPD4 1999, p. 128, *cascl. p. 129*, note Pausas. V., plus largement, F. Melgarejo : Les spécificités du contentieux des agents publics non titulaires [RLCT 2010, n° 59, p. 96].

125. *Préc.*, n° 53.

126. Sur le recours ProprioOpt de l'Isère et Garonne, V. n° 294 s.

127. Pour une relecture, P. Tessier : Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public [RPD4 2001, p. 873]. Sur un aspect particulier, N. Foucault : « Les clauses réglementaires des contrats domaniaux » [M. Richer, LSCJ, 2013, p. 105].

128. GADM n° 15, V., rappelant que les tiers à un contrat ne peuvent se prévaloir de ses clauses, sauf si elles sont réglementaires. Cf. 11 juill. 2011, Gillet [CJPA 2012, 2128], note Bouquet et Hamel ; CE, 21 oct. 2019, 5e-CM09 [CMF 2020, n° 25, note Deneheron ; CJPA 2019, Acl. n° 2, obs. Eximie].

129. AJDA 1998, p. 732, chron. Dauvaux et Gremont ; CJEC 1998, p. 362, note Tanguay ; RPD4 1997, p. 87, note Dauvouz – Pour une confirmation postérieure à la jurisprudence Opt de l'Isère et Garonne, CE, 30 juin 2014, Synd. des cies aériennes autonomes [CMF 2014, n° 348, note Gremont].

tarifaires¹³⁰, notamment), comme le Conseil l'a rappelé en clarifiant sa jurisprudence antérieure à propos des concessions autoroutières [CE, 9 févr. 2018, *Cité d'agglomération Val d'Europe Agglo*¹³¹] – sont déterminantes pour les usagers. Cette jurisprudence reposant sur l'idée de divisibilité des clauses réglementaires par rapport aux contrats qui les véhiculent [CE, 8 avr. 2009, *Assoc. Alcaly*¹³²], une annulation ne saurait logiquement avoir d'effets qu'à leur égard (et non vis-à-vis des contrats dans leur ensemble). Une solution différente aboutirait à contourner l'irrecevabilité de principe du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs.

268. Une première question d'avenir consiste à se demander si la portée de la jurisprudence *Cayzeole* aurait vocation à être étendue au-delà des clauses réglementaires. Pour l'heure, une réponse négative s'impose, les tiers ne pouvant attaquer des clauses non réglementaires [CE, 9 févr. 2018, *Cité d'agglomération Val d'Europe Agglo*¹³³], ni même les invoquer à l'appui d'un recours indemnitaire [CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet*¹³⁴ : à propos de l'invocation d'un manquement contractuel dans le cadre d'un recours en responsabilité quasi-délictuelle]. Cette dernière solution paraît fondée sur une vision trop stricte de l'effet relatif du contrat, sachant que les tiers ont par ailleurs de plus en plus accès au juge du contrat. C'est dire que l'arrêt Dpt de Tarn-et-Garonne de 2014¹³⁵ pourrait indirectement, à terme, faire évoluer les choses. Une seconde interrogation porte sur les restrictions déduites, de manière discutable, de la jurisprudence *Cayzeole*. Car, en dépit de l'ouverture d'un recours en plein contentieux au profit des tiers, le juge administratif en exclut les clauses réglementaires, lesquelles sont pourtant aussi des stipulations contractuelles *lato sensu*. Une telle solution se présente de justifications diverses, dont une forme de fidélité jurisprudentielle et le maintien d'un accès au juge théoriquement plus simple. Toutefois, elle ne s'imposait pas avec évidence, notamment au regard de l'économie du contrat ou des pouvoirs du juge dudit contrat. Peut-être serait-il opportun de ménager deux voies d'action, plutôt que de fermer aux tiers le recours en plein contentieux à l'encontre des clauses réglementaires.

130. Par ex., au sujet de la tarification plus onéreuse d'un service de téléphonie en milieu pénitentiaire, bien que ce soit le refus d'abroger la clause réglementaire qui se trouve contesté, CE, 14 nov. 2018, *De Missi* [AIDA 2019, p. 475, note Mauchamps ; BUCP 2019, p. 123, concil. Houssais, note lnde] ; CMP 2019, n° 18, note Etienne. Y a contrario, considérant que les clauses d'une concession d'aménagement qui prévoient la remise à la commune d'éléments de voirie et ne portent pas sur le fonctionnement ou l'organisation du service ne sont pas réglementaires : CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet* [I, infra n° 288].

131. A/DA 2018, p. 1169, note Audez ; BUCP 2018, p. 182, note Houssais ; CMP 2018, n° 68, note Etienne ; DA 2018, Étude 8, note Houssais.

132. BUCP 2009, p. 294, concil. Boulaire.

133. Préf. n° 287.

134. AIDA 2014, p. 1725, note Clément ; CMP 2014, n° 176, note Peltier ; JCPA 2014, 2164, note Audez.

135. V. n° 289 s.

N. Le contentieux de pleine juridiction

289. Il s'agit du contentieux contractuel au sens le plus strict, qui s'est notamment renforcé dans la période contemporaine. Ce contentieux – au caractère subjectif marqué – est porté devant le juge administratif du fond, qui dispose de pouvoirs étendus. Il concerne tant la formation que l'exécution du contrat et renvoie à des recours qui se sont diversifiés¹³⁶. Hormis le cas particulier des recours en interprétation (recours directs ou sur renvoi du juge judiciaire), le plein contentieux contractuel correspond à deux hypothèses : d'une part, la contestation de la validité du contrat (A) ; d'autre part, celle des mesures d'exécution ou de résiliation du contrat (B).

A. La contestation de la validité du contrat

1. Recours des parties

290. Les parties au contrat disposaient traditionnellement d'un recours en nullité, qui pendant longtemps n'a donné lieu qu'à une utilisation mesurée (les parties n'ayant, en général, aucun intérêt à faire disparaître le contrat)¹³⁷. Le Conseil d'État l'a rénové de fond en comble¹³⁸, pour le transformer en un recours en contestation de la validité du contrat (CE, 28 déc. 2009, *Cne de Béziers* : arrêt dit *Béziers I*¹³⁹). La contestation de la validité du contrat par les parties, qui touche ses conditions de formation, concerne les contrats administratifs sans exclusive (le champ de ce recours dépasse donc le périmètre de la commande publique et même des contrats à

136. V. par ex., N. Smetsowicz : *L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs* (AJDA 2015, p. 320). Pour une mise en perspective par rapport à la jurisprudence judiciaire, P. Devautel : *Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé* (M. Sirin, Dallas, 2011, p. 165). Sur deux tendances majeures de l'époque, S. Dourau : *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité* (Th. Pouy, 2012, LGDJ), à paraître ; O. Mau : *Sujétivisation du contentieux et contrat administratif* (Th. Versailles, 2010).

137. D. Pommerehne : *La nullité des contrats administratifs* (LGDJ, 1991). Pour une approche renouvelée, fondée sur la notion d'irrégularité, P. Boucsein : *Le contrat administratif dévoilé* (Dallas, 2014). Une évolution s'étant depuis fait jour, tenant pour partie au jeu de la jurisprudence Lipot (aupr., n° 280).

138. Pour une présentation synthétique, S. Eustache et L. Jaurès : *Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs* (DRA 2012, Étude 4).

139. DAA 14 n° 108, 1^{re} exp. Le juge judiciaire a repris cette jurisprudence dans son champ de compétence (par ex., CA Versailles, 10 mai 2012) ; CA Caen, 3 avr. 2012 ; CA Bourges, 22 mars 2012 ; Cd. 2012, n° 71, note Dourau, sans s'estimer absolument lié par les vues du juge administratif (Th. Cass., 1^{re} civ., 16 juillet 2013, 5ecl L'Allixois : AJCT 2013, p. 297 note Piton ; AJDA 2013, p. 168, obs. Pommerehne ; AJDA 2013, p. 1238, note Cassas ; CMF 2013, n° 85, obs. Usseau-Boussac ; JCPA 2013, Art. 77, obs. Tousset, 2017, note Lassus ; RPDH 2013, p. 541, note Puzzoli ; et il s'y réfère pour apprécier lui-même, en cas de besoin, la légalité d'un contrat administratif (Cass., 1^{re} civ., 24 avr. 2013, *Cne de Sancos et al.* : AJDA 2013, p. 880, obs. Goux ; CMF 2013, n° 177, obs. Usseau-Boussac ; D4 2013, n° 52, note Dourau ; JCPA 2013, Art. 429, obs. Eustache).

procédure encadréel. Elle connaît deux modalités : soit une partie, agissant par voie d'action, saisit le juge du plein contentieux d'un recours en contestation de validité ; soit, à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution du contrat¹⁶⁰, elle invoque par voie d'exception une irrégularité entachant le contrat, afin de se soustraire à ses obligations contractuelles. Ce recours est, par définition, ouvert durant toute la période d'exécution des clauses contractuelles, sans que puisse être opposée la prescription quinquennale de droit commun¹⁶¹.

291. Les pouvoirs du juge du plein contentieux sont beaucoup plus diversifiés qu'auparavant (seule la nullité, totale ou partielle, pouvait être prononcée), assez proches de ceux dont il dispose au titre du recours l'arrêt-Garonne ou du référé contractuel. Toute irrégularité n'est pas susceptible d'entraîner la remise en cause du contrat ou d'aboutir à ce qu'il soit écarté. Le juge puisera dans la panoplie des sanctions à sa disposition en fonction de l'ilégalité considérée, cette ultime ratio sanctionnant uniquement les irrégularités les plus graves. Pareil pouvoir d'appréciation s'exerce à l'aune de deux principes, consacrés par l'arrêt Blaizot¹⁶² : d'une part, l'exigence de loyauté des relations contractuelles (qui interdit, par exemple, à une partie de se prévaloir d'une irrégularité dont elle est responsable ou qui lui profite) ; d'autre part, l'objectif de stabilité des relations contractuelles, qui impose – autant que faire se peut – la poursuite de l'exécution du contrat. Cette recherche de stabilité résulte également du fait que, lorsque l'irrégularité est de nature à entraîner la disparition du contrat, le juge est tenu de vérifier que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

292. S'il est saisi par voie d'action, le juge peut décider la poursuite des relations contractuelles en dépit de l'irrégularité (quand celle-ci est mineure), moyennant des mesures de régularisation appropriées (décidées d'un commun accord ou par la partie publique lorsqu'elles s'imposent). Il peut, à condition que l'intérêt général ne s'y oppose pas (atteinte à la continuité du service public, notamment), mettre fin au contrat : soit pour l'événir, en prononçant sa résiliation léventuellement avec effet différé ; soit – en cas d'irrégularités graves (qui correspondent à des moyens d'ordre

160. La compétence du juge du contrat est étendue ; elle intègre, par exemple, la contestation d'une décision de refus de renouvellement en application des clauses contractuelles : CE, 29 mars 2017, Office national des forêts (ONF) (BUCP 2017, p. 253, concr. Bouvier ; CMP 2017, n° 177, note Escutel).

161. CE, 1^{er} juil. 2019, Assac, pour le musée des îles Saint-Pierre et Miquelon (JUGA 2019, p. 1750, chres. Mauzen et Bouvier ; BACI 2019, p. 544, concr. Lauer ; BUCP 2019, p. 412, concr.) ; CMP 2019, n° 326, note Escutel ; CM 2019, n° 52, note Bouvier ; RFGA 2019, p. 861, note Cazette, p. 1032, note Hirschfeld).

162. V. supra, n° 171 s.

public : illicéité du contenu¹⁴³, vices du consentement¹⁴⁴) – à titre rétroactif, le contrat étant alors annulé, en tout ou en partie [ainsi, lorsque des clauses divisibles du contrat sont contraires à l'ordre public]. Si la possibilité d'accompagner le recours d'un relèvement-suspension et celle d'assortir une décision d'annulation de dommages et intérêts n'étaient pas explicitement prévues par l'arrêt Béziers 1, elles semblent devoir être admises par analogie avec la jurisprudence *Dpt de Tarn-et-Garonne*¹⁴⁵.

293. Quand la validité du contrat est contestée par voie d'exception, à l'occasion d'un litige relatif à son exécution, le juge doit faire application de ce contrat lorsque les vices ne sont pas tels qu'ils conduiraient à son annulation dans le cadre d'un recours en contestation de validité¹⁴⁶. Si les vices sont graves et justifieraient une telle annulation, le juge écartera ledit contrat pour trancher le litige sur un terrain extracontractuel (quasi-déléctuel ou quasi-contractuel suivant les cas : responsabilité pour faute non contractuelle, enrichissement sans cause).

2. Recours des tiers

a) Des « concurrents évincés »...

294. À l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, le Conseil d'État avait finalement préféré une autre voie, ouverte sous la pression du droit de l'Union européenne et inspirée par la jurisprudence judiciaire (laquelle venait d'admettre qu'un tiers puisse invoquer un manquement contractuel lui ayant causé un préjudice : Cass., ass. plén., 6 oct. 2008¹⁴⁷). Anticipant la transposition de la directive « Recours » n° 2007/66 du 11 décembre 2007, la haute assemblée avait créé un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat, ouvert dans un premier temps aux seuls concurrents évincés (CE, 16 juill. 2007, *Sté Tropic travaux*

143. Ainsi d'une convention dont l'objet consiste à faire obstacle à l'exercice des compétences d'une personne publique, ce que le juge qualifie de détournement de pouvoir : CE, 15 nov. 2012, *Cne d'Aix-en-Provence* (préc., n° 287). Il arrive aussi au juge judiciaire d'écartier le contrat, par application de la jurisprudence Béziers 7, en raison du caractère illicite de ses stipulations (Cass., 1^{re} civ., 22 mai 2010, *Cne de Tarp* ; ADR 2011, p. 219, note Anquet).

144. Vices dont la caractérisation s'avère parfois délicate. V., sur l'enjeu, CE, 9 nov. 2010, *Snc Certis* (ADR 2010, p. 412, note Rétoré); BACP 2010, p. 57, concl. Piauress; CMP 2010, n° 24, note Usseau-Bonnoton; D4 2010, n° 14, note Huot.

145. V. n° 260 a.

146. V. ainsi, considérant qu'un manquement aux règles de passation ne saurait normalement être invoqué ou relevé d'office à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution du contrat afin d'écartier l'application de ce dernier pour le règlement dudit litige : CE, 12 juin 2011, *Alphonse* (BACP 2011, p. 121, concl. Boulois); CMP 2011, n° 68, obs. Perrin; D4 2011, n° 29, note Bouliot; RDI 2011, p. 270, chron. Beauchêne; RDP 2011, n° 33, concl.).

147. ADR 2007, p. 295, obs. Drumez; D 2008, p. 2225, note Voir; JCP G 2008, II, 10161, avis Gouraud, note Blum; ROC 2007, p. 268, obs. Mureau; RDI 2008, p. 504, obs. Mauvaise; RTD civ. 2007, p. 61, obs. Drumez.

signalisation¹⁴⁸], qui avaient perdu en contrepartie – par l'effet de « l'exception de recours parallèle » – la possibilité d'attaquer les actes détachables précédent la conclusion du contrat. C'était une évolution bienvenue qui, nuancant la distinction classique entre le contentieux des actes détachables accessible aux tiers et le contentieux du contrat réservé aux parties, avait permis à une « première couronne » de tiers intéressés de pousser la porte du juge du contrat. Comme l'on sait, le référé contractuel a également rendu, depuis lors, l'accès à ce dernier plus aisé¹⁴⁹.

295. Le recours Tropic, dans sa version d'origine, était ouvert contre les seuls contrats administratifs de la commande publique à procédure encadrée (c'est-à-dire, ceux à l'égard desquels les textes imposaient une publicité et une mise en concurrence)¹⁵⁰. Le Conseil d'État avait retenu une vision large de la notion de candidat évincé : il s'agissait – pour faire court – de toute personne qui aurait eu intérêt à conclure le contrat.

296. Le juge saisi, dans un délai de deux mois à compter des formalités de publicité appropriées, disposait d'une palette de pouvoirs entre lesquels il choisissait en fonction de l'ilégalité constatée. Il pouvait décider la poursuite de l'exécution du contrat en demandant, le cas échéant, à la personne publique contractante de prendre les mesures de régularisation nécessaires [en cas d'ilégalité limitée, comme un vice de procédure] ; indemniser le candidat dont les droits avaient été bafoués soit qu'une demande en ce sens lui fut présentée au titre du recours Tropic, soit que des conclusions indemnitàires fussent présentées dans le cadre d'un recours distinct¹⁵¹] ; modifier certaines clauses du contrat [comme au titre du référé précontractuel] ; ou faire disparaître – en tout ou partie – le contrat [annulation rétroactive ou résiliation pour l'avenir, éventuellement avec effet différé par analogie avec la jurisprudence Assoc. AC¹⁵²] , sauf en cas d'atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des parties. Pour d'évidentes raisons tenant à la sécurité juridique et aux impératifs économiques, l'annulation « sèche » du contrat restait une faculté utilisée avec parcimonie. Était considérée non seulement l'importance de l'irrégularité, selon une lecture objective, mais aussi la situation concrète [toujours appréciée avec une forte dose de subjectivité et de pragmatisme]. Ainsi, une concession d'aménagement affectée

148. AIDA 2007, p. 1577, *chres. Linex et Boucheix*; BUGC 2009, p. 391, *concl. Casini*; CMP 2007, n° 254, note Paris; DM 2000, n° 142, note Chauvet; JCPA 2007, 2164, note Laroche; JCPG 2007, 10156, note Usseau-Bouchez; RAEP 2007, p. 327, *concl.*, note Deluc.

149. *Supra*, n° 271 *s.*

150. Jusqu'à ce que le recours est recevable dès lors qu'il y a mise en concurrence effective, même lorsqu'elle n'est pas obligatoire (*i.e.*, pour une convention d'occupation du domaine public) : TA Rouen, 8 oct. 2011, *Berry*; AIDA 2012, p. 499, *concl.* Yves Minvielle. Cette solution est en contradiction avec la position du Conseil d'État en matière de référé précontractuel (*i.e.* *supra*, n° 264).

151. Sur le régime applicable dans ce dernier cas : CE, avis 11 mai 2011, *Sri Rebillon-Schmit Preys* (UGC 2011, p. 226, *concl.* Bouchez, p. 229, *obs.* Pommereh; CMP 2011, n° 230, *obs.* Zeeuw; DM 2011, n° 66, note Bourrat); JCPA 2011, 2204, note Laroche.

152. CE, 11 mai 2004 (AIDA n° 180).

de nombreux vices manifestant la volonté du concédant de favoriser un candidat avait pu d'autant plus aisément être annulé que cela n'importait pas de juger l'anéantissement des actes d'application (le contrat apparaissant comme une coquille évidée) ; et ce, tous travaux achevés, malgré les conséquences indemnitàires¹⁵³.

297. Le recours Tropic coexistant avec différentes procédures de rétention, la question de leur combinaison méritait d'être posée. Ce recours pouvait faire suite à un rétention précontractuel et s'accompagner d'un rétention-suspension¹⁵⁴ (l'arrêt Tropic assimilant, de ce point de vue, le contrat à une décision administrative), même si l'efficacité de ce dernier demeurait sujette à caution (la condition d'urgence étant rarement satisfait)¹⁵⁵. Mais il soultrait indéniablement de la concurrence du rétention contractuel¹⁵⁶, présentant l'avantage de la rapidité et permettant d'obtenir plus facilement la suspension du contrat. Conçu comme un outil de simplification, destiné à dépasser la théorie des actes détachables (qui aboutissait à des solutions complexes), le recours Tropic n'y était pas vraiment parvenu, faute d'être suffisamment ouvert.

C'est la conscience de ses lacunes qui devait conduire le Conseil d'Etat à le rénover en profondeur, ce recours s'étant en quelque sorte métamorphosé (comme la chrysalide devient papillon)¹⁵⁷.

b) ... aux « tiers intéressés »

298. En tant que tel, le recours Tropic n'existe plus aujourd'hui ; il a été absorbé par le recours Tarn-et-Garonne. Il faut examiner deux situations, qui se distinguent à la marge.

299. Les requérants ordinaires. – L'arrêt Tropic n'avait pas frontalement remis en cause deux éléments fondamentaux, sur lesquels la jurisprudence administrative reposait depuis plus d'un siècle : d'une part, l'impossibilité pour les tiers « ordinaires » d'attaquer le contrat ; d'autre part, et corrélativement, la dérivation du contentieux des tiers en direction des actes détachables. Or, les deux piliers vont s'écrouler avec l'arrêt Opt de Tarn-et-

153. CE, 16 mars 2019, SM anonyme gardienne d'économie rurale [BUCP 2019, p. 189, concl. Hinault] ; CMP 2019, n° 210, note Deneuveau ; JCPA 2019, 2175, obs. Huel.

154. Par ex., CE, 6 mars 2009, SM Biarritz [BUCP 2009, p. 231, concl. Biarritz] ; CMP 2009, n° 144, note Phieu ; JCPA 2009, 2187, note Louroux ; RUCP 2009, n° 8, note Biarritz.

155. P. Casse : Questions sur le rétention-suspension accessoire au nouveau recours contre le contrat [CPCA 2007, Act. 1034].

156. O. Cusec : Rétention contractuel et recours en contestation de validité du contrat : superposition ou substitution ? [CPCA 2010, 2802] ; F. Lasserre, P. Souff-Courtaud : Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « Recours » ? [CMP juillet 2009, p. 10].

157. V., pour des critiques largement partagées en doctrine, F. Juve : Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « temps-fini » [WFD 2019, p. 55] ; F. Louroux : La jurisprudence Tarn-et-Garonne ou le tiers « sans qualité » [AJOM 2018, p. 1290].

Garonne [CE, 4 avr. 2014]¹⁵⁸, rendu aux conclusions pédagogiques du rapporteur public Bertrand Da Costa. Dépassant son devancier, cet arrêt – présenté comme « révolutionnaire » par les commentateurs – a parachevé une évolution que l’arrêt *Tropic* portait en germe.

300. L’arrêt *Opt de Tarn-et-Garonne* procède à une harmonisation du contentieux contractuel, en ouvrant le recours en contestation de la validité du contrat (recours de plein contentieux) à tous les « tiers intéressés » (par ex., certains sous-traitants : CE, 14 oct. 2015, *Région Réunion*¹⁵⁹), au-delà des seuls concurrents évincés (lesquels ne sauraient invoquer que la violation des règles de passation lésant leurs intérêts¹⁶⁰ : CE, 5 Mrv. 2016, *Synd. des transports en commun de l'Hérault*¹⁶¹). Ces tiers perdent du même coup la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats¹⁶².

Dans les deux mois suivant l’accomplissement des formalités de publicité appropriées, « tout tiers à un contrat administratif susceptible d’être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles » (comme l’ancien recours *Tropic*, ce recours peut être assorti d’un référe-suspension contre le contrat¹⁶³). Les tiers intéressés (sous réserve, on le verra, du préfet et des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales) ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l’intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d’une gravité telle que le juge devrait les relever d’office. Il faut noter – c’est important – que le périmètre de l’arrêt *Tropic* est très sensiblement élargi, des seuls contrats de commande publique à procédure encadrée à l’ensemble des contrats administratifs.

301. L’office du juge saisi est riche des héritages de la jurisprudence antérieure (celui de l’arrêt *Tropic*, mais aussi celui de l’arrêt *Béziers II*) ; l’idée étant – sommairement résumée – qu’en fonction de la nature de l’il-légalité et des intérêts en jeu, il revient audit juge de mettre en œuvre les mesures les plus adaptées. Après avoir apprécié la nature des vices

158. GAJA, n° 112.

159. BUCP 2016, p. 71, concl. Pluvinage ; CMP 2015, n° 297, note Ussau-Bresson ; DA 2015, n° 75, note Horneaux ; JOPA 2016, 2074, note Martin.

160. V. sur cet aspect, pour les commissaires, O. Azem : *Plaidoyer pour une «Singularisation des Tropics»* (LJD 2013, p. 126ff).

161. AJDA 2016, p. 479, chron. Durettaut et Lassere et Domat, p. 1120, note Lassere ; BUCP 2016, p. 217, concl. Hirschau ; CMP 2016, n° 114, note Ross ; DA 2016, n° 21, note Basset ; BFDI 2016, p. 301, concl. C’est pourquoi un candidat dont l’offre aurait été écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait soulever des moyens critiquant l’appréciation des autres offres (CE, 9 nov. 2016, *Secteur Cervia* ; préc., n° 270).

162. CE, 2 déc. 2015, *École centrale de Lyon* (AJDA 2016, p. 726, note Ross) ; CMP 2016, n° 50, note Ussau-Bresson.

163. V., sur l’appréciation de l’urgence, CE, 18 sept. 2017, *Comm. de crues Centre Bourgogne* (CMP 2017, n° 264, note Pichot).

invoqués par le requérant, ce juge peut décider : soit de la poursuite du contrat, lorsque cela est possible ; soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un certain délai¹⁶⁴. Quand la régularisation est impossible, et après avoir vérifié que sa décision n'aurait pas de conséquences excessives eu égard à l'intérêt général, le juge peut prononcer : soit la résiliation du contrat *l'effet pour l'avenir, éventuellement différé* ; soit l'annulation totale ou partielle du contrat, si celui-ci a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité. En outre, s'il est saisi de conclusions en ce sens, le juge peut faire droit à une demande d'indemnisation du préjudice subi par le requérant.

302. Les requérants privilégiés. – L'arrêt *Dpt de Tarn-et-Garonne* réserve la situation de deux types de tiers : le préfet et les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité partie au contrat.

303. S'agissant du préfet, il faut rappeler que le détérité préfectoral contre les actes des collectivités territoriales (instauré par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982) présentait originellement cette spécificité d'être un recours pour excès de pouvoir (certes, d'une espèce particulière) susceptible de viser certains contrats administratifs (par exemple, les marchés publics, les délégations de service public ou les anciens contrats de partenariat). La nature de ce recours avait évolué en 2011 par l'effet d'un mouvement de « tropicalisation » (F. Brenet), le Conseil d'État considérant qu'il se rattachait désormais au plein contentieux (CE, 23 déc. 2011, *Min. de l'Intérieur*¹⁶⁵). Ainsi le juge saisi disposait-il de pouvoirs nettement plus étendus et modulables qu'auparavant.

En pratique, se trouvent essentiellement concernés les contrats soumis à transmission obligatoire, qui sont considérés comme les plus importants et dont la liste a évolué depuis 1982 ; il s'agit – en bref – des contrats d'emprunt, des marchés publics et des concessions¹⁶⁶. Rien n'interdit, néanmoins, que soient déférés des contrats administratifs non soumis à l'obligation de transmission (CE, 4 nov. 1994, *Dpt de la Sarthe*¹⁶⁷).

L'arrêt *Dpt de Tarn-et-Garonne* poursuit ce mouvement de banalisation du « détérité contractuel »¹⁶⁸, en le traitant comme un recours en contestation

164. J.-F. Lemaire : *La régularisation en matière contractuelle* (CNP 2012, Étude II).

165. 2 egs. AUDI 2012, p. 1064, note Guillet; RICP 2012, p. 129, cond. Guillet; CNP 2012, n° 96, note Pommerehne; Dd 2012, n° 27, note Cours; RFDA 2012, p. 692, note Guillet. Pour une application : CE, 9 mai 2012, Syndicat des ardennes malins de l'Aude (UD) 2012, p. 1688, note Mame; JCDA 2012, 2391, note Pommerehne; RCI 2012, p. 400, note Nicolliez; RUGT juin 2012, p. 30, obs. Guillet.

166. Parmi ces contrats, ne sont soumis à l'obligation de transmission que ceux dont le montant est égal ou supérieur à 214 000 euros HT (décr. n° 2010-1376 du 17 déc. 2010).

167. AUDI 1994, p. 898, cond. Massot.

168. S. Bourassa : *Face au contrat, le préfet reste-t-il un requérant « super privilégié » ?* (AUDI 2012, p. 2104).

de la validité du contrat parmi d'autres¹⁶⁷. Il en va de même du recours intenté par un ou des membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités en cause (en pratique, généralement des membres de l'opposition municipale). Ces deux types de requérants s'avèrent privilégiés, en ce que les moyens qu'ils peuvent invoquer ne sont pas limités : « compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, [ils] peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours »¹⁶⁸. Une telle faculté est importante, quoiqu'elle puisse être neutralisée par l'office « biterrois » du juge (à savoir, la possibilité de permettre la poursuite des relations contractuelles sous réserve, le cas échéant, d'une régularisation¹⁶⁹). Elle explique sans doute certaines réserves du Conseil d'Etat à étendre au-delà le cercle des tiers privilégiés¹⁷⁰.

B. L'annulation des mesures d'exécution ou de résiliation

304. On sait, d'une part, que les parties peuvent (à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution du contrat) invoquer par voie d'exception une irrégularité entachant celui-ci¹⁷¹; d'autre part, que le contentieux de l'indemnisation et des sanctions, réservé aux parties, alimente une jurisprudence fournie (en volume, c'est – s'agissant de l'exécution du contrat – la plus importante), évoquée à propos de la responsabilité contractuelle¹⁷². Reste à envisager la question suivante : dans quelle mesure les décisions qui concernent l'exécution ou la résiliation du contrat peuvent-elles être annulées à la demande des parties¹⁷³ (étant entendu que les tiers n'avaient traditionnellement pas accès au juge du contrat à ce stade, mais qu'ils commencent à y prendre pied depuis 2017) ?

1. Principe : l'absence de pouvoir d'annulation

305. L'office du juge saisi de difficultés d'exécution du contrat était traditionnellement orienté vers la réparation, l'indemnisation des préjudices ayant éclipsé le pouvoir d'annulation que détient d'ordinaire le juge du plein contentieux. Aussi la jurisprudence administrative a-t-elle considéré, de longue date, que le juge dispose du pouvoir d'allouer des indemnités

167. Tel paraît être le cas au regard des recours gracieux en contestation de la validité du contrat, lesquels conservent en principe le délai de recours juridictionnel, même si le défendeur dispose d'un fondement juridique propre : Cf. 28/juin 2019, 5^e Plaquet annexe systèmes urbains (ACPA 2019, 2362, note Lajard).

168. Cf. 4/avr. 2014, DPL de Tarn-et-Garonne (proc. n° 279).

171. Sur l'arrêt dit Béziers 2, v. n° 311 s.

172. Sur le refus d'intégrer les agences régionales de santé, malgré leurs missions de contrôle de la légalité : Cf. 3/juin 2014, Mm. aff. sociales et santé c/ Centre hospitalier Émile Roux de Pay-en-Vallée (BUCP 2016, p. 298, cond. Ptaussen ; CMP 2016, n° 218, note Pata).

173. Sur l'exception de nullité, V. l'arrêt Béziers 1 : *surgit*, n° 299 s.

174. V. *surgit*, n° 177.

175. V., R. Chauvin, *Droit du contentieux administratif* (Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 1108 à n° 1111).

destinées à compenser un préjudice, mais pas de celui d'annuler des mesures d'exécution du contrat. Le faible nombre de personnes concernées par ces dernières explique qu'un mécanisme de compensation pécuniaire ait été préféré à une disparition de l'ordonnancement juridique. Ce principe plonge ses racines dans le droit des marchés de travaux publics (CE, 20 févr. 1888; Goguet¹⁷⁶). Il s'est, de là, progressivement étendu – surtout à partir des années 1950 – pour être finalement consacré à l'égard de l'ensemble des contrats administratifs¹⁷⁷.

306. Une telle jurisprudence a régulièrement été critiquée en doctrine, en raison de la fragilité de ses fondements et de ses effets discutables (les tiers pouvant obtenir l'annulation de certaines mesures d'exécution, considérées comme des actes détachables par le juge de l'excès de pouvoir, alors que les parties elles-mêmes n'y parvenaient pas devant le juge du contrat).

2. Exception : la consécration d'un pouvoir d'annulation

a) Les assouplissements ponctuels

307. Le juge a commencé par tempérer pour des raisons d'opportunité le principe d'interdiction en reconnaissant aux parties la possibilité d'obtenir l'annulation de mesures d'exécution ou de résiliation¹⁷⁸, à propos de catégories limitées de contrats administratifs. Si l'on écarte des jurisprudences se rapportant aux contrats qui s'apparentent à des actes unilatéraux (notamment, les conventions médicales nationales), trois catégories sont pour l'essentiel concernées.

308. D'abord, les contrats impliquant la réalisation d'investissements importants : c'est le cas des concessions de service public ou de travaux publics (par ex. : CE, 31 mai 1907, *Deplaque*¹⁷⁹) et – plus généralement – des conventions assimilées (contrats de longue durée dont l'objet consiste en la réalisation et en l'exploitation d'ouvrages¹⁸⁰). Depuis les années 1990, seules les décisions mettant prématurément fin au contrat sont

176. Rec. p. 198.

177. Par ex., CE, 29 juin 1990, Centre hospitalier de Meudon (BDP 1992, p. 1458). Cette jurisprudence a même été appliquée à des contrats dont la nature administrative était sajette à caution (V. antérieurement, pour un contrat de vente d'une parcelle du domaine privé : CE, 6 nov. 1970, *Sartorat* ; AJD 1971, p. 105, concl. Baucour).

178. Sous cette réserve que les conclusions tendant à faire annuler la résiliation d'un contrat entaché de nullité sont irreconciliables (CE, 20 oct. 2000, *Sal Cicatèle Est* ; BUCP 2001, p. 54, concl. Savoie).

179. Rec. p. 513.

180. Par ex., s'agissant d'un marché d'entreprise de travaux publics : CE, 26 nov. 1971, *SMA* (AJD 1971, p. 649, chron. Lautouli et Caunes) ; BDP 1972, p. 329, concl. Gheret, p. 1263, note Wuusij. On peut penser que les marchés de partenariat et les « partenariats sectoriels » sont également concernés.

susceptibles d'annulation [CE, 9 déc. 1980, *Sté d'étude de participation et de développement*¹⁸¹].

309. Ensuite, les contrats d'occupation du domaine public, en raison de leur relative proximité avec les titres unilatéraux d'occupation. Seules les décisions de résiliation sont susceptibles d'annulation [CE, 13 juill. 1968, *Sté Ets Sertan*¹⁸²].

310. Enfin, les contrats conclus entre personnes publiques en vue de l'organisation de services publics [CE, 31 mars 1989, *Dpt de la Moselle*; CE, 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine*¹⁸³], avec cette particularité que peuvent être annulées tant les décisions de résiliation que les mesures relatives à l'exécution proprement dite du contrat.

b) L'action en reprise des relations contractuelles

311. Dépassant la méthode des petits pas, le Conseil d'Etat a fini par admettre d'une façon générale (c'est-à-dire, pour tous les contrats administratifs) que les parties puissent contester devant le juge du contrat la validité d'une décision de résiliation qu'elles estiment illégale, afin que soit ordonnée – lorsque le contrat n'est pas devenu sans objet – la reprise des relations contractuelles [CE, 21 mars 2011, *Cne de Béziers* : arrêt dit *Béziers 2*¹⁸⁴].

312. Le recours doit être formé, y compris quand le contrat est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'intéressé a été informé de la mesure de résiliation (un recours administratif contre la décision de résiliation ne protège pas le délai du recours contentieux¹⁸⁵). Seule une authentique décision de résiliation peut faire l'objet d'un recours, cette condition excluant les actions dirigées contre le refus de reconduire un contrat [CE, 6 juin 2010, *Sté Orange*¹⁸⁶]. Un tel recours peut être assorti d'un référendum-suspension [CJA, art. L. 521-1] ; mais

181. RFDI 1984, p. 39, concl. Genève.

182. AJDA 1968, p. 582, concl. Bertrand, p. 576, chron. Duvet et Dexou de Saint-Marc; RDP 1989, p. 123, note Wauquiez.

183. D'une part : AJDA 1989, p. 313, chron. Nouze et Barreiro; RA 1989, p. 341, note Trouwaele; RDP 1989, p. 1171, note Lisonne; RFDI 1989, p. 466, concl. Pauwels. D'autre part : AJDA 1992, p. 480, chron. Mauot et Sowraz.

184. BIA n° 198, 2^e esp. Pour quelques applications : CE, 23 mai 2011, EPAD/BUCP 2011, p. 314, obs. Trouwaele; CMP 2011, n° 217, obs. Soula-Cormand; CE, 23 mai 2011, Sté d'aménagement d'école 2020/CMP 2011, n° 308, obs. Pariel; CE, 11 oct. 2012, Sté Orange France/BUCP 2012, p. 51, concl. Bouvier, obs. Mauot; CMP 2012, n° 16, note Etienne; ACPA 2012, 2125, chron. Gouzeau-Han; PLCT 2012, n° 84, obs. Guenot; CAA Bordeaux, 21 janv. 2012, Cne de Rabastens de Bigorre (CMP 2012, n° 124, note Pariel). V. J. Gouzeau : *Mémoire II : du grésillement sur la ligne jurisprudentielle BUCP 2012*, Étude 41.

185. CE, 30 mai 2012, *Sant'Andrea* (AJDA 2012, p. 1970, note Deneu), BUCP 2012, p. 443, concl. Etienne, obs. Sowraz; CMP 2012, n° 237, note Pariel; ACPA 2012, Act. 295, obs. Feugier; JCPA 2012, 2257, concl.3. Cette solution, dont on pourra discuter l'opportunité parce qu'elle dissuade de recourir à un règlement administratif, a été appliquée aux instances en cours : CE, 16 déc. 2014, *Cne de Saône-Dives d'Oléron* (AJDA 2017, p. 1003, note Sowraz); BUCP 2017, p. 129, concl. Bouvier; CMP 2017, n° 56, note Pariel).

186. BUCP 2018, p. 345, concl. Morel; CMP 2018, n° 202, note Etienne.

les chances de succès de ce dernier paraissent faibles, vu l'appréciation rigoureuse de la condition d'urgence par les juridictions¹⁸⁷ [V., cependant : CE, 17 juin 2015, *Cne d'Aix-en-Provence*¹⁸⁸].

313. Statuant sur la demande, le juge doit mettre en balance différentes considérations dont l'énoncé souligne la filiation entre les arrêts Béziers 1 et Béziers 2 : d'une part, la gravité des vices entachant la décision de résiliation (les vices les plus graves relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé sont susceptibles d'ouvrir droit à la reprise des relations contractuelles, les autres seulement à une indemnité) ; d'autre part, les intérêts en présence¹⁸⁹ (il ne faut pas que la reprise des relations contractuelles porte une atteinte excessive à l'intérêt général, ni aux intérêts des parties – en l'occurrence, de l'administration ayant résilié le contrat – et des tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation de l'ancien). Le principe de légalité peut jouer ici de façon ambiguë : s'il arrive que des irrégularités affectent non seulement la décision de résiliation mais aussi le contrat, vices qui conduiraient à l'annuler ou à le résilier, les juridictions font œuvre pragmatique en écartant les demandes de reprise de relations vouées à disparaître (par ex., CE, 17 juin 2015, *Sté Les Moulins*¹⁹⁰).

314. En fonction de ces paramètres, le juge optera pour la solution la plus adaptée : soit une indemnisation du cocontractant (comme alternative à la reprise des relations contractuelles ; ou comme complément, afin de couvrir le préjudice né de la non-exécution temporaire), s'il est saisi de conclusions en ce sens ; soit l'annulation de la décision de résiliation (éventuellement après suspension) – car c'est bien ce qui est en cause, même si l'expression n'est pas employée dans l'arrêt Béziers 2 – et la reprise des relations contractuelles, à la date qu'il fixe et le cas échéant avec effet différé (élément, parmi d'autres, qui inscrit aussi cette décision dans la lignée des jurisprudences *Tropic/Dpt de Tarn-et-Garonne*).

315. Parmi les questions que conduit à soulever l'arrêt Béziers 2, figure celle d'un éventuel élargissement de son champ, au-delà du contentieux de la résiliation, à celui des mesures d'exécution du contrat proprement

187. CE, 9 mai 2012, Région Champagne-Ardenne [RD] 2012, p. 404, note Nouvelles. V. aussi TA Pau, 16 janv. 2012, 5me C3d7P Roca [AJDA 2012, p. 1234, note Bouvet]. Ce constat perdure, malgré l'analyse globale du juge des référés : CE, 19 sept. 2017, Numbert [CMP 2017, n° 264, note Pichot].

188. JCP 2015, p. 381, *cancel* Prusson ; CMP 2015, n° 221, note Pichot ; JCPA 2015, 2359, note Muñoz ; RFDA 2015, p. 907, note Courvoisier.

189. L'atteinte excessive à l'intérêt général – imposant d'écartier une reprise des relations contractuelles – semble pouvoir faire, précisément, aux risques de futures irrégularités compte tenu des conditions de l'exécution antérieure par le cocontractant : CE, 16 nov. 2014, *Cne d'Orteau* [CMP 2017, n° 27, note Usup-Benayoun].

190. AJDA 2013, p. 2504, note Lassauze ; CMP 2015, n° 232, note Pichot ; JCPA 2014, 2030, note Muñoz ; RFDA 2015, p. 907, note Drustut.

dites¹⁹¹. Le Conseil d'État a clairement manifesté une volonté de ne pas en élargir la portée au contentieux des mesures d'exécution, le cocontractant pouvant seulement solliciter l'indemnisation du préjudice éventuellement subi [CE, 15 nov. 2017, *Sé les Bégs de Mme Géraud*¹⁹² ; CE, 6 juin 2018, *Sé Orange*¹⁹³]. En dépit de signaux qui pouvaient laisser croire le contraire [CE, 29 mars 2017, *ONF*¹⁹⁴], il ne l'a pas non plus étendue au contentieux des décisions de refus de renouvellement du contrat [V., à propos de la convention domaniale qui avait autorisé l'installation d'une « grande roue » sur la place de la Concorde, à Paris : CE, 21 nov. 2018, *Sé Fêtes Loisirs*¹⁹⁵]. Une autre question est de savoir si cette jurisprudence ne mériterait pas d'être complétée, en offrant au cocontractant une possibilité de saisine plus rapide et effective du juge afin d'obtenir la reprise des relations contractuelles. La pratique montre que, pour l'heure, il obtient plutôt une indemnisation). Une autre enfin, plus fondamentale, consiste à se demander si une telle recherche de stabilité est vraiment réaliste : car cette jurisprudence revient en somme à imposer une obligation de vie commune au conjoint qui souhaite divorcer.

c) La contestation du refus de résilier le contrat

314. Le Conseil d'État a étendu la solution de l'arrêt *Dpt de Tarn-et-Garonne aux décisions de refus de résilier les contrats* [CE, 30 juin 2017, *Synd. mixte de promotion de l'activité transmanche*¹⁹⁶]. Les tiers, qui pouvaient jusque-là les attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir, perdent cette possibilité. En revanche, ils peuvent maintenant demander au juge du contrat, saisi bien sûr au titre d'un recours de pleine juridiction, de résilier ledit contrat : juge qui dispose de pouvoirs correspondant mutatis mutandis à ceux prévus par l'arrêt *Dpt de Tarn-et-Garonne*. Les moyens invocables sont strictement encadrés et ce nouveau recours est aussi ouvert au préfet ainsi qu'aux membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales.

191. En sens contraire : CAA Marseille, 7 mai 2013, *R. c/ One de Propriano* [n° I 11MA02886]. Néanmoins, en étendant le champ à une décision de modification ultérieure : TA Lille, 20 Novr. 2013, *Sé Eau de Nord* [AIDA 2013, p. 1115, concl. Fracasse], D4 2013, n° 33, note Bœuf.

192. CGP 2018, n° 19, note Piron.

193. Préc. n° 312.

194. BJC 2017, p. 253, concl. Bœuf ; CGP 2017, n° 177, note Esser.

195. A/D 2019, p. 986, note Carreux ; D4 2019, n° 34, note Bœuf.

196. Préc. n° 283.

Bibliographie

Traité

G. Jacc : *Théorie générale des contrats de l'administration* [Giard-LGDJ, 1934-1936]

A. et Lhuissière, F. Motteve, P. Dumeul : *Traité des contrats administratifs* [LGDJ, 1983-1984]

Manuels

C. Dumeul : *Droit des contrats administratifs* [PUF, Thémis, 1^{re} éd., 2018]

H. Hoermann : *Droit des contrats administratifs* [Dalloz, Cours, 2^e éd., 2019]

F. Lombard et J.-C. Ricci : *Droit administratif des obligations* [Sirey, Université, 1^{re} éd., 2018]

L. Richer et F. Lichée : *Droit des contrats administratifs* [LGDJ, Manuels, 11^e éd., 2019]

M. Uzau-Bergeron : *Droit des contrats administratifs* [LexisNexis, Manuels, 3^e éd., 2019]

Mémentos

F. Lichée : *Droit des contrats publics* [Dalloz, 2^e éd., 2014]

Mélanges

Mélanges offerts à M. Guibal [PU Montpellier, 2006]

Mélanges offerts à J.-P. Boivin [La Mémoire du droit, 2012]

Mélanges offerts à L. Richer [LGDJ, 2013]

Encyclopédies

Juris-Classeur Administratif, Fascicules 602 à 684 [LexisNexis, dir. J.-B. Auer]

Juris-Classeur Contrats et marchés publics [LexisNexis, dir. S. Braconnier]

Marchés publics - Contrats publics spéciaux [Le Moniteur, dir. P. Terneyre et F. Lichée]

Divers

S. Braconnier (dir.) : *Les collectivités territoriales et leurs contrats* [LexisNexis, 2002]

N. Charron : *Code commenté de la commande publique* [Le Moniteur, 2019]

G. Clamour (dir.) : *Contrats et propriétés publics* [LexisNexis, 2011]

G. Eckert (dir.) : *Code de la commande publique* [LexisNexis, 2020]

M. GUBA, L. RUFF : *Contrats des collectivités locales* [F. Lefebvre, 1989]
A. MINOMBISSA [dir.] : *Code de la commande publique annoté et commenté* [Dalloz, 1^{re} éd., 2019]

Revues spécialisées

Bulletin juridique des contrats publics [éditions EPE]

Contrats publics - Le Moniteur [éditions du Moniteur]

Contrats et marchés publics [éditions LexisNexis]

Index

Les numéros cités renvoient aux paragraphes

A

- Accessoire, 62, 90, 91
- Accords-cadres, 56, 127, 272
- Actes :
 - détaillantes, 229, 278 à 283, 294, 297, 300, 306
 - mixtes, 52
- Adjudication, 37, 199, 122, 131, 140, 142
- Affermage, 103, 195, 228
- Agence publics, 10, 53, 74, 80, 97, 124, 207, 217, 227, 284
- Aléa, 190 à 199
- Amortissement, 212 à 213
- Appel d'offres, 126, 131 à 132
- Arbitrage, 43, 49, 172, 194, 238, 246 à 260
- Association, 65 à 66, 73, 161
- Avant-contrat, 56

B

- Bail :
 - commercial, 228
 - emphytéotique, 17, 18, 41, 62, 116, 214, 217
- Biens de retour, 43, 228
- Bonne foi, 117, 171 à 173

C

- Cahier des charges, 52, 83
- Canal, 5, 168, 194
- Candidat évincé, 263 s., 271 s., 294 à 297
- Cause, 29
- Cession de contrat, 54, 169 à 170
- Clauses :
 - abusives, 47
 - compromisoires, 246, 253, 258
 - impliquant un régime exorbitant (anc. clauses exorbitantes), 65, 77 à 84, 86, 89
 - Molère, 37
 - réglementaires, 286 à 290

Cade :

- de la commande publique, 26, 40, 60, 125 à 127, 154 à 156
- des marchés publics, 24 à 25, 46, 60, 126, 142, 154, 253

Comités consultatifs de règlement amiable, 225 à 226

Common Law, 35, 42

Compétence contractuelle, 114

Complexité, 1, 67, 114, 280

Conception-réalisation, 104

Concessions :

- d'aménagement, 41, 120, 124, 203, 264, 287, 296
- coloniales, 6
- funéraires, 5
- généralités, 4 à 6, 13, 25, 38, 46, 54, 95, 101 à 103
- de service public, 13, 43, 52, 95, 148, 180, 191 s., 221, 228
- de travaux publics, 40, 61, 75, 95, 99, 111, 143 s., 308

Contention :

- conventionnelle, 209
- judiciaire, 227

Concours, 76, 104, 127, 138

Concurrence :

- Autorité de la, 163
- droit de la, 31, 145, 146
- mise en, 54, 104, 119 s., 170, 204, 207, 211, 217 à 218, 264

Consensualisme, 112 s., 200

Continuité, 164, 175, 188, 191, 261, 292

Contrats :

- avec soi-même, 10
- domaniaux, 25, 54, 62, 96, 109 à 110, 116, 132, 150, 153, 165, 167, 209, 213 à 214, 216, 227 à 228, 259, 264, 309 IV. aussi Bail emphytéotique, Droit nôtre
- entre personnes privées, 61, 64, 66 à 67, 79

- entre personnes publiques, 9 à 10, 85 à 86, 114, 162, 310
 - écrits, 115
 - faux, 51
 - internationaux, 42, 256 s.
 - globaux, 17, 19, 100, 108
 - de mobilier urbain, 107
 - de partenariat : V. Partenariat
 - privés, 22, 62, 71, 74, 76, 110, 204, 229, 242
 - publics, 21, 57 à 58
 - spéciaux, 14, 17 à 20, 23, 79, 116, 223
- Contrôle :
- analogue, 159, 161
 - pouvoir de, 79, 184 à 187
- Credit-bal, 49, 54
- D**
- Déchéance, 188, 223
 - Délégé préfectoral, 113, 303
 - Délégation de service public, 70, 90, 95, 106 à 108, 111, 144, 206, 213
 - Dématerrialisation, 115, 132, 142
 - Dialogue compétitif, 134
 - Doctrine contractualiste, 9 s., 11 s.
 - Domaine :
 - privé, 80, 83, 85
 - public, 17 à 18, 40, 54, 62, 95 à 96, 107, 109 à 110, 114 à 116, 128 à 132, 145, 170, 209, 214, 216, 259, 364, 272, 309
 - Droit :
 - civil, 12 à 14, 22, 28, 170 à 171, 194
 - comparé, 34 à 35
 - de la concurrence (V. Concurrence)
 - de la consommation, 31, 49
 - constitutionnel, 19, 46, 47, 123, 216
 - public des affaires, 1
 - pénal, 31, 48, 104, 118, 142
 - relatif, 17, 96, 116, 149, 214, 216
 - de l'Union européenne (V. Europe)
 - Droits d'entrée, 117
 - Durée, 56, 106, 108, 191, 167, 203, 206, 208 à 210
- E**
- Effet relatif, 29, 45, 286 à 288
 - Égalité, 37, 118, 123, 128, 151
 - Élection, 60, 61, 69
 - Enrichissement sans cause, 55, 293
 - Entités adjudicatrices, 41, 122, 270
- Équilibre, 55, 164, 189 à 199, 226
 - Équité, 55, 164, 191
 - Estoppel, 173
 - Établissements publics, 10, 88, 114, 116, 130, 172, 234, 240, 241, 248, 254, 259, 259, 273
 - Europe, 9, 21, 23, 25, 34, 36 à 41, 54, 61, 75, 92, 102, 111, 120, 122 à 123, 129 à 130, 149 à 150, 158, 160, 162, 164, 170, 190, 207, 294
 - Évaluation, 116
 - Exception :
 - d'exécution, 164, 174 à 175
 - de non-valideité lourde de nullité, 290, 293
 - de recours parallèle, 276, 274
 - Exceptionnal : 259
- F**
- Faute, 172, 174, 176 à 180, 188, 222 à 223, 293
 - Fonction publique, Fonctionnaires : V. Agents publics
 - Force majeure, 180, 181, 192, 195, 220, 226
- G – H**
- Garanties (construction), 161 à 164
 - HLM, 24, 70
 - Homologation, 244
- I**
- Imprévision, 32, 190 à 194
 - Indemnisation, 30, 54, 176 s., 190 à 199, 218, 221, 228, 301, 304, 305, 314 à 315
 - In house, 151, 157 à 162
 - Intention, 261, 269, 270, 282
 - Intercommunalité, 10, 142
 - Intitulé personnelle, 54, 140, 147, 145 à 146
- L**
- Law and Economics, 27
 - Libertés, 221, 243
 - Liberté :
 - d'accès à la commande publique, 19, 118, 123, 126
 - contractuelle, 47 s.
 - Location, 70, 73, 84, 96, 155
 - Loyauté, 29, 171 à 173, 291
- M**
- Maîtrise d'ouvrage public, 16, 25, 30, 40, 183, 184
 - Mandat, 66, 67, 89, 101
 - MAPA, 129, 144, 151

- Marchés publics, 24 à 25, 38, 40, 42, 94, 98, 99, 101, 106 à 108, 113, 115, 116, 119 à 120, 125 s., 158, 163, 181, 187, 188, 190, 212, 218, 234 s., 253, 264, 303
 Marchés d'entreprise de travaux publics, 106
 Mutabilité, 170, 200 s.
- N**
- Nommage [ou naming], 91
 Nullité, 243, 274, 299, 291
- O**
- Objet principal, 111
 Obligations théorie des, 22
 Obligations administratives, 44
 Ordre public, 49, 182, 221, 243, 248, 292
- P**
- Partenariat, 7, 9, 17, 19, 25, 40, 43, 60, 100, 108, 113, 116, 134, 163, 167, 187, 212, 220, 221, 223, 226, 228, 254, 264, 282, 303
 Partenariat d'innovation, 137
 Patrimonialité, 54, 169, 170
 Piége, 4
 Performance, 10, 17, 116
 Police, 8, 10, 48, 95, 196
 Politique contractuelle, 7
 Pouvoirs adjudicateurs, 21, 38 à 40, 61, 128 s., 155 à 161, 188, 244, 245, 264, 271
 Principes généraux du droit, 20, 24, 55, 95, 123, 243, 248
 Private Finance Initiative, 35
 Prix, 32, 94, 101, 102, 106, 107, 108, 110, 131, 140, 190, 192, 193, 220, 264
- Q – R**
- Quasi-contrat, 99
 Rachet, 220
 Reconduction, 215 s.
 Recours :
 – Béziers 1, 171, 290 s., 301, 313
 – Béziers 2, 220, 261, 311, 313 à 315
 – pour excès de pouvoir, 52 à 53, 243, 274 à 288, 294, 300, 303, 314
 – Tropic, 261, 281, 294 à 303, 314
 Redevance, 6, 95, 103, 107, 151
 Référent :
 – contractuel, 262, 271 à 275, 293, 297
 – mesures utiles [ou conservatoire], 261
- précontractuel, 39, 242, 263 à 270, 271 à 273, 296, 297
 – provision, 173, 261
 – suspension, 261, 275, 292, 297, 300, 312
 Règle, 27, 94, 95, 103, 114, 161, 168
 Remontées mécaniques, 143, 213, 224
 Rémunération, 101 à 103, 106, 108, 151
 Renonciation, 221, 243
 Requalification, 51, 106 s.
 Réseaux, 6, 36, 121, 270
 Réutilisation, 13, 30, 63, 175, 187, 192, 196, 202, 213, 219 à 226, 292, 294, 301, 304 à 314
 Résolution, 32, 222, 224, 226, 237
 Responsabilité, 40, 55, 62, 172, 174, 176 à 182, 195, 197 à 198, 240, 242, 289, 293, 300, 304
 Retractivité, 222, 224, 274, 292, 296
 Risques, 95, 102, 168, 170
- S**
- Sanctions, 118, 163, 188, 222, 234, 291, 304
 Séquestre, 188
 Sécurité :
 – en général, 17, 48, 104
 – juridique, 23, 92, 206, 230, 296
 Seule, 15, 24, 109, 116, 122, 125 s., 145 à 147, 162, 207
 Sociétés publiques locales, 161
 Sourçage [ou sourcing], 127
 Sous-contrats, 167 s.
 Sous-traitance, 76, 167 à 168, 181, 199, 200
 SPIC, 71, 80, 97, 248, 251
 Sponsoring, 94
 Stades, 7, 25, 94, 162, 179, 209, 255
 Standstill, 265, 271, 274
- T**
- Transaction, 68, 76, 231, 236, 238, 239 à 245
 Transparence, 19, 30, 21, 23, 24, 37, 39, 56, 61, 117 à 163, 206, 283 s.
 Travaux publics, 5, 7, 13, 14, 30, 40, 42, 60, 61, 67, 75 à 77, 94, 95, 99, 106, 111, 117, 120, 129, 136, 143, 145, 146, 181 à 184, 186 à 188, 199, 242, 253, 264, 305, 308, 312
- U – V**
- Urgence, 116, 128, 141, 275, 297, 312
 Voies du consentement, 29, 292

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	7
CHAPITRE 1	
Les conceptions du droit des contrats administratifs	11
I. L'approche historique	11
A. Long terme : des contrats administratifs avant le droit administratif ?	12
B. Moyen terme : le mythe de l'âge d'or	13
C. Court terme : le « tournant contractuel » de l'action administrative	14
II. La perspective théorique	18
A. Construction	18
B. Déconstruction	20
C. Reconstruction ?	22
III. Les aspects contemporains	25
A. L'instabilité chronique	25
B. L'approche économique	28
C. L'attraction du droit privé	30
1. L'existence d'un fonds commun	30
2. Banalisation et convergences	31
D. Le désenclavement du corpus national	32
1. Essor du comparatisme contractuel	32
2. Influences européennes	34
3. Impact de la globalisation juridique	37
CHAPITRE 2	
La notion de contrat administratif	39
I. Distinguer	39
A. Contrat administratif et acte administratif unilatéral	39
1. Les racines unilatérales du contrat administratif	39
2. Le « choix des armes »	40
3. Les difficultés de la distinction	42
B. Contrat administratif et catégories voisines	45
1. Les quasi-contrats administratifs	45
2. Les avant-contrats administratifs	46
3. Les contrats publics	47

II. Identifier	47
A. Les « contrats administratifs par détermination de la loi »	48
B. La méthode indiciaire	50
1. Le critère personnel	51
2. Le critère de l'objet	54
3. Le critère des moyens	58
C. Les techniques subsidiaires	62
1. La présomption d'administrativité	62
2. L'identification directe	63
3. La théorie de l'accessoire	64
III. Classer	66
A. Le principe de la classification	66
1. L'objet du contrat	68
2. Le paramètre financier	70
B. Les vecteurs de brouillage	73
1. Les contrats administratifs <i>au sens strict</i>	73
2. Les contrats administratifs « à double visage »	75
CHAPITRE 3	
La passation des contrats administratifs	79
I. La portée du principe de transparence	83
A. L'affirmation du principe	84
B. Les déclinaisons du principe	85
1. La passation des marchés publics	86
2. La passation des concessions	93
3. La passation des contrats d'occupation du domaine public	96
II. Les limites du principe de transparence	98
A. Les exclusions textuelles : vue d'ensemble	99
B. Une illustration : l'exception « domestique »	100
CHAPITRE 4	
L'exécution des contrats administratifs	105
I. Principes directeurs de l'exécution	106
A. L'exécution personnelle	106
1. Une conséquence de l'intitulé personnel	106
2. Les sous-contrats administratifs	106
3. La cession des contrats administratifs	108
B. Le respect des engagements	109
1. La loyauté contractuelle	109
2. L'exception d'insécurité ?	110
3. Les mécanismes de responsabilité	111

II.	La « vie » du contrat administratif	115
A.	Le pilotage administratif du contrat	115
1.	Contrôler	115
2.	Sanctionner	116
B.	Le rétablissement de l'équilibre contractuel	117
1.	L'indemnisation de l'aléa économique [théorie de l'imprévision]	117
2.	L'indemnisation de l'aléa administratif [théorie du fait du prince]	120
3.	L'indemnisation de l'aléa technique [théorie des exéptions imprévues]	121
C.	L'adaptation du cadre contractuel	121
1.	La modification du cadre	122
2.	L'encadrement de la modification	124
D.	Le temps du contrat	125
1.	La durée du contrat	125
2.	La fin du contrat	126
CHAPITRE 5		
Le contentieux des contrats administratifs		137
I.	Les modes alternatifs de règlement des litiges contractuels	139
A.	Le recours à la conciliation	140
1.	Le règlement amiable du contentieux des marchés publics	140
2.	Les autres procédures	141
B.	Le recours à la transaction	142
1.	Conditions de la transaction	142
2.	Contrôle de la transaction	144
C.	Le recours à l'arbitrage	145
1.	Principe d'interdiction	145
2.	Multiplication des exceptions	146
II.	Le contentieux administratif des référés	150
A.	Prévenir : le référé précontractuel	151
B.	Gérer : le référé contractuel	155
III.	Le contentieux de l'excès de pouvoir	157
A.	Recours pour excès de pouvoir et actes détachables	158
1.	L'arrêt Martin : pour mémoire	158
2.	L'arrêt Martin : in memoriam ?	160
B.	Recours pour excès de pouvoir et contrats	161
1.	Recours contre certains contrats administratifs	161
2.	Recours contre les clauses réglementaires	162
IV.	Le contentieux de pleine juridiction	164
A.	La contestation de la validité du contrat	164
1.	Recours des parties	164
2.	Recours des tiers	166

B. L'annulation des mesures d'exécution ou de résiliation	171
1. Principe : l'absence de pouvoir d'annulation	171
2. Exception : la consécration d'un pouvoir d'annulation	172
BIBLIOGRAPHIE	177
INDEX	179

Collection Systèmes

La collection *Systèmes* entend répondre au besoin de synthèse et de spécialisation des savoirs qui s'affirme aujourd'hui. Destinée aux étudiants mais également à un public plus large, elle présente des ouvrages clairs et concis, permettant aux lecteurs d'approfondir leurs connaissances sur des sujets tels que droit constitutionnel, droit administratif, droit des affaires, droit civil, droit social, économie, administration, finances publiques, fiscalité, finances locales, sociologie et philosophie juridiques, droit européen...

La collection *Systèmes* se décline aujourd'hui en trois séries : la série *Cours*, adressée principalement aux étudiants en droit et science politique ; la série *Pratique*, à destination des professionnels, autour de problématiques qui les intéressent directement dans leur pratique quotidienne ; et la série *Perspectives*, qui a pour vocation de proposer des sujets de réflexion.

Les derniers ouvrages parus dans cette collection sont :

- Auzet B. : *La nouvelle gestion publique*, 2^e éd., 2014.
Auzet G. : *Le régime fiscal des sociétés de personnes*, 2014.
Aymoune A. : *La réforme de la gestion budgétaire et comptable publique*, 2013.
Albert J.-L. : *Fiscalité et personnes publiques*, 2012.
Aumentosa J.-R. : *Les outils du management public*, 2012.
Aumentosa J.-R. : *Management public et gestion des ressources*, 2012.
Antoine A. : *Droit constitutionnel britannique*, 2^e éd., 2018.
Auzet J.-F. : *Les contrats de gestion du service public*, 2016.
Auzet J.-F. : *Droit des outre-mers*, 2018.
Beilleul D. : *Le procès administratif*, 2014.
Bauduer M.-C. et Roux O. : *La certification des comptes publics*, 2018.
Baudu A. et Sintchou J. [dir.] : *La conduite du changement climatique : entre contraintes et incitations*, 2018.
Benoit O. et Gabon-Benoue C. : *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, 2^e éd., 2018.
Belluscio [dir] R. : *Le système budgétaire des États-Unis*, 2015.
Belluscio [dir] R. : *Le système budgétaire du Royaume-Uni*, 2019.
Beloseur J.-M. : *Le droit d'asile*, 2^e éd., 2016.
Bier X. : *Biodroit. De la biopolitique au droit de la bioéthique*, 2016.
Bosotti O. : *Financement et transparence de la vie politique*, 2015.
Bottou A. : *Le procès au conseil de prud'hommes*, 2018.
Bucher P. : *Le Parlement en France*, 2012.
Borme F. : *Le service public du développement économique*, 2019.
Bouvet J.-P. : *Le système européen de comptabilité : un enjeu de société*, 2019.

- Bouvier C. : *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^e éd., 2014.
- Bouvier L.-A. : *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, 2015.
- Bouvier M. : *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 14^e éd., 2020.
- Bouvier M. : *Les finances locales*, 17^e éd., 2018.
- Boyer B. : *Les femmes et la haute fonction publique*, 2013.
- Brouillet J.-Ph. : *Le droit de la cohésion territoriale*, 2015.
- Brouillet G., Franceschini L. : *Droit de la régulation audiovisuelle*, 2020.
- Buadeux Idir A.-F. : *La « Constitution de la 5^e République »*, 2014.
- Bursonne-Larson L. : *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 3^e éd., 2019.
- Cahen-Jac R. : *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., 2014.
- Castex J.-P. : *La loi*, 2015.
- Castex J.-P. et Surcouf G. [coord.] : *Le budget de l'Etat : la LOLF*, 4^e éd., 2019.
- Caudez S. : *La fiscalité de l'environnement*, 2014.
- Chambon F. et Bisson O. : *La météologie administrative*, 2^e éd., 2015.
- Chauvin G. : *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, 2011.
- Civati D. : *Les groupes parlementaires en France*, 2016.
- Cormy S. : *La gestion de la documentation juridique*, 2011.
- Croquet S. : *Une nouvelle organisation décentralisée de la République*, 2012.
- Dauvin J. et Monnus J.-C. : *La nouvelle question territoriale*, 2019.
- De Groote-Vuldemont N. : *Droit du marché intérieur européen*, 5^e éd., 2017.
- De Groote-Vuldemont N. : *Droit européen de la santé*, 2^e éd., 2018.
- Desan R. : *Vers un nouvel ordre territorial en Europe*, 2014.
- De la Mestra F. : *Les frontières de la laïcité*, 2016.
- De Lesquen X. : *Dynamiques du droit de l'urbanisme*, 2018.
- Deloix-Desmoulins C. : *Droit budgétaire de l'Union européenne*, 2011.
- Deloix-Desmoulins C. et Desmoulins G. [dir.] : *La décision financière publique*, 2013.
- Domur F. : *Droit européen de l'Internet, Réseaux, données, services*, 2018.
- Dubout E. et Nabi B. : *Droit français de l'intégration européenne*, 2015.
- Durant J.-P. : *Les fondements de la théorie de l'Etat moderne*, 2019.
- Fauve K. : *Droit de la régulation des communications numériques*, 2018.
- Fauve K. : *Communications numériques, Régulation et résolution des litiges*, 2019.
- Gallez W. : *Les principes budgétaires et comptables publics*, 2009.
- Garnier C. : *Droit communautaire de la concurrence*, 4^e éd., 2016.
- Gutvel D. : *Droit des successions et des héritabilités*, 3^e éd., 2014.
- Gutvel D. : *Droit du commerce et des affaires*, 9^e éd., 2017.
- Guyomar M. : *Les sanctions administratives*, 2014.
- Hamon F. : *Les discriminations saisies par le droit*, 2016.
- Hamon F. : *Le référendum. Étude comparative*, 2^e éd., 2012.
- Hamon F. et Ricci R. : *Droit et gestion des fonctions publiques*, 2^e éd., 2016.

- Hamon F. et Weiler C. : *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, 2011.
- Hastings-Machado A. et Faure B. [dir.] : *La décentralisation à la française*, 2015.
- Hecker G. : *Aspects budgétaires du libéralisme*, 2016.
- Hermann-Dour A. : *Introduction au droit*, 2019.
- Hermann H. : *Les garanties des constructeurs en droit public*, 2010.
- Houssier S. et Yousa P. : *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., 2020.
- Jen P. : *Les Constitutions de la France*, t. 1 : 1791-1814. *Le temps des expériences*, 2016 ; t. 2 : 1814-1958. *L'établissement du régime parlementaire*, 2016 ; t. 3 : *La Constitution de 1958. La République gouvernée*, 2017.
- Jouanard S. : *Le recours administratif dans le système juridique français*, 2013.
- Kemps. et Milot J.-P. : *Les comptes publics : objets et limites*, 2019.
- Laméro G. : *Les droits des patients*, 2018.
- Laurent Ph. : *Décentralisation : en ligne avec les idées reçues*, 2009.
- Lemaitre J.-F. et Thomas Ph. : *Le statut des agents territoriaux (fonctionnaires et non-fonctionnaires)*, 2015.
- Le Pouheret A.-M. : *Les ordonnances*, 2011.
- Loyer G. : *Droit pénal fiscal*, 2012.
- Louassa J. : *Droit du contentieux de l'Union européenne*, 5^e éd., 2014.
- Mammi C. : *Droit du commerce électronique*, 2013.
- Manson S. : *L'opposition dans les assemblées locales*, 2012.
- Marcou G. : *L'accès aux emplois publics*, 2014.
- Marcoïc É. : *Les métropoles en France*, 2019.
- Maron L. et Massez C. : *La responsabilité du service public hospitalier*, 2^e éd., 2019.
- Mardon O. : *L'économie de la culture*, 2016.
- Masset J. : *Le chef de l'Etat, chef des armées*, 2011.
- Mather J.-B. : *L'analyse financière des communes*, 4^e éd., 2019.
- Morcer K. et Loustau-Dudekmejean A.-C. : *Le droit de l'animal*, 2017.
- Morsade F. : *La réforme de l'Etat par l'audit*, 2009.
- Morné -Mardon O. : *L'économie de la culture*, 2016.
- Pellat J.-R. : *Droit de la culture*, 2015.
- Pellat J.-R. : *Le patrimoine culturel immatériel, enjeux juridiques et risques*, 2020.
- Pellerin R. : *États et marchés financiers*, 2017.
- Perrin F. [dir.] : *Syndicalisme et droits syndicaux*, 2019.
- Pez T. : *Le domaine public hercien*, 2011.
- Picard X. : *Le Conseil de l'Europe, une organisation au service de l'homme*, 2011.
- Poncet Y. : *Justice et médias*, 2012.
- Poncet Y. : *Les partis politiques*, 2014.
- Poncet Y. : *Lobbying et stratégies d'influences en France, xix^e-xx^e siècles*, 2018.
- Poncet Y. [dir.] : *La régulation des partis politiques*, 2019.
- Pontet J.-M. : *La décentralisation française. Évolutions et perspectives*, 2016.

- PONCE J.-M. : *La décentralisation culturelle*, 2018.
- PATOT X. et ZACHARIE C. : *La police administrative*, 2018.
- RAMBAUD R. : *Le droit des campagnes électorales*, 2016.
- RICHET L. : *La concession en débat*, 2014.
- RICHET L. et CASTILLON G. : *Achat public et économie des territoires*, 2017.
- ROUX A. : *La décentralisation. Droit des collectivités territoriales*, 2016.
- SORIAS J.-P. : *Entreprises en difficulté, les mécanismes d'alerte et de conciliation*, 2015.
- STEIN B. : *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 10^e éd., 2019.
- TERRASSA-CALVET C. (dir.) : *Les perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, 2011.
- TERRASSA-CALVET C. (dir.) : *La Convention européenne des droits de l'homme 60 ans et après 2*, 2013.
- TRASSI S. : *L'usage du service public*, 2012.
- TUREK P. : *Le contrôle parlementaire en France*, 2011.
- VUILLON X. : *Le procès équitable*, 2017.
- YOLKA P. : *Droit des biens publics*, 2018.
- ZIKRÉ D. : *L'exigence de la gouvernance mondiale*, 2012.



*Imprimé en France - JOUVE-PRINT, 733, rue Saint-Léonard, 53100 MAYENNE
N° 29536718 - Dépôt légal : mars 2020*

Collection fondée par Michel BOUVIER

Directeurs de collection :

Michel BOUVIER, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Laurent RICHER, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Jean-Pierre CAMBY, professeur associé à l'Université de Versailles Saint-Quentin

Ce livre propose une initiation, par hypothèse assez simple, à une matière qui l'est de moins en moins. Son objectif consiste à exposer les lignes directrices du droit des contrats administratifs sous une forme synthétique, des notes de renvoi autorisant un second niveau de lecture. Sont uniquement présentés les principes architecturaux de la discipline, une étude exhaustive des différentes « familles contractuelles » (marchés publics, concessions, contrats d'occupation du domaine public,...) relevant de la littérature spécialisée.

Après avoir retracé la formation historique du droit des contrats administratifs, mesuré ses enjeux théoriques et décrit ses évolutions contemporaines, cet ouvrage analyse successivement la notion de contrat administratif (distinction par rapport aux autres actes de l'administration, techniques d'identification, principes de classification), la passation des contrats administratifs (procédures de mise en concurrence, cas de dispense), leur exécution (obligations des parties, pouvoirs de l'administration, etc.) et le contentieux contractuel (modes alternatifs de règlement des litiges, référés administratifs, recours devant le juge du fond).

À jour du Code de la commande publique, *Droit des contrats administratifs* s'adresse aux étudiants en droit de Licence et Master, aux candidats aux concours d'accès à la fonction publique et à l'examen d'accès aux centres de formation à la profession d'avocat, ainsi qu'à tous ceux qui s'intéressent aux voies et moyens de l'action publique.

Sébastien HOURSON est professeur de droit public à l'Université Clermont Auvergne.

Philippe YOLKA est professeur de droit public à l'Université Grenoble Alpes.

www.lgdj-editions.fr



9 782275 060781

ISBN 978-2-275-06078-1

25 €