



Présentation

L'essentiel des contrats administratifs. Tout est dit, ou presque, dans le titre. Le présent ouvrage a pour ambition de présenter, de manière claire et précise, les règles qui gouvernent aux contrats administratifs. Il est vrai que ce corpus de règles est à la fois considérable et disparate tant le droit des contrats administratifs s'est construit sans cohérence d'ensemble, au gré de l'histoire et de la nécessité de réglementer tel ou tel aspect de l'action administrative. La doctrine a pu chercher à systématiser une « théorie générale du contrat administratif », en particulier durant la première moitié du XX^e siècle, et sur le fondement de l'œuvre jurisprudentielle considérable du juge administratif, mais cette entreprise n'a pu connaître la permanence qu'elle méritait, ballottée par la multiplication constante des textes spécifiques traitant de contrats particuliers. Ce n'est donc pas un hasard si les ouvrages récents et ceux de la seconde partie du XX^e siècle parlent plus « des contrats administratifs » que « du contrat administratif ».

Aujourd'hui, le contractualiste ne peut que contempler l'incohérence d'une matière qui n'a que trop peu été pensée dans son ensemble. Car outre la grande hétérogénéité des textes relatifs aux différents contrats administratifs, la matière a souffert d'un changement de logique : alors qu'une conception française y voyait principalement une expression de la puissance publique à des fins de satisfaction de l'intérêt général, une conception européenne, plus axée sur une logique partenariale et de marché concurrentiel, a véritablement fissuré l'identité du contrat administratif telle que pressentie par les pères fondateurs de la matière.

Cette complexité sied peu à une matière qui touche à tous les secteurs d'activités et qui a des implications économiques considérables. Il est vrai que certains efforts ont été faits dans le sens d'une simplification, des efforts pouvant même être, à certains égards, qualifiés de remarquables, bien qu'à d'autres, ils puissent être vus comme insuffisants. C'est ainsi qu'épousant d'autant plus la logique européenne, le Gouvernement a remodelé pour grande partie le droit des contrats administratifs par deux ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, complétées par deux décrets du 25 mars 2016 et du 1^{er} février 2016, relatifs aux marchés publics et aux concessions. Ces textes, dont les conséquences vont au-delà des « contrats de la commande publique » puisqu'ils touchent de nombreuses dispositions relatives à l'occupation du domaine public, ont apporté l'illusion de la clarté. Mais entre l'opaque et le limpide, il y a une multitude de degrés et le voile qui pèse sur les contrats administratifs n'est toujours pas devenu translucide... Le pourra-t-il devenir ? Rien n'est moins sûr.

Cet ouvrage se veut donc une tentative pour percer cette obscure clarté, non pour l'expliquer, encore moins pour la justifier. Répétant une présentation simple et pratique pour chaque partie, du contrat administratif en général au contrat de recrutement d'agent public, en passant par les contrats de la commande publique et les contrats d'occupation du domaine public, il a vocation à toucher l'étudiant en plein cursus universitaire, dans sa candide exploration de la matière, l'étudiant en préparation des concours administratifs, dans sa farouche quête d'un dense savoir, mais aussi le professionnel non initié, dans sa volonté d'étendre son champ de compétence et le spécialiste, acheteur public, opérateur économique ou avocat, dans sa volonté d'actualisation.

Il a vocation à présenter les principaux contrats administratifs sous le même formalisme pour permettre au lecteur de voir une unité dans la diversité des régimes et des normes des contrats administratifs. Ainsi, il est proposé d'aborder chaque contrat sous cinq angles communs suivant la « vie d'un contrat ». En effet, son caractère administratif ne doit pas faire méconnaître qu'il s'agit bien d'un contrat au sens du droit français des obligations.

Dès lors le premier angle « Définition et critères d'identification » permettra de présenter les spécificités, la finalité et les acteurs de chaque contrat.

Le second angle « Formation » étayera la manière dont « la rencontre des volontés » est organisée entre les futurs cocontractants. Cette partie est un élément central dans les contrats administratifs car leur caractère administratif nécessite de respecter une multitude de règles, notamment celles régissant la passation des contrats de la commande publique afin de respecter l'égalité, la transparence et l'égal accès à l'intégralité des opérateurs économiques désirant contracter. De plus seront présentées les règles de formalisme que chaque contrat doit respecter.

Le troisième angle « Exécution » exposera l'intégralité des grandes règles régissant la « vie du contrat » du moment où il est signé jusqu'à son terme, qu'il soit normal ou anticipé. Cette partie regroupe les obligations réciproques de chaque cocontractant.

Enfin deux angles seront consacrés aux contentieux envisageables. Le premier traitera du contentieux applicable à la formation du contrat. Ce type de contentieux est le plus présent dans les contrats administratifs et a été la source d'une longue évolution jurisprudentielle due à l'abondance de règles régissant la passation des contrats administratifs et notamment ceux de la commande publique. Le deuxième s'axera sur le contentieux existant durant l'exécution du contrat. Moins abondant que le précédent, il apparaît pourtant essentiel pour l'intégralité des praticiens des contrats administratifs car il permet d'équilibrer, par voie juridictionnelle, les abus de l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives exorbitantes et les droits des cocontractants à l'équilibre financier.

Voilà l'ambition de cet ouvrage. Elle peut sembler si grande, puisqu'il s'agit de rendre simple et accessible au plus grand nombre une matière éminemment complexe. Elle est pourtant si petite, puisqu'elle s'incline humblement devant celles et ceux qui, hier et aujourd'hui, par leur œuvre doctrinale, ont pensé et pensent encore si finement sur les contrats administratifs, cette espèce atypique et romantique du genre contractuel, en faisant ressortir la beauté de l'opacité.



Partie 1

Le contrat administratif

Il apparaît indispensable de proposer une vision générale et pratique du contrat administratif, avant d'entrer dans le détail des règles particulières applicables aux diverses catégories de contrat. Il s'agira ici d'identifier le contrat administratif et de donner les principales caractéristiques de son régime général, lesquelles ont été dégagées dans la première moitié du XX^e siècle par le juge administratif et **sont applicables à tous les contrats**.

Ainsi, s'il nous est permis un parallèle civiliste, la présente partie constitue le **régime général des contrats administratifs**, tel que dégagé, principalement, par le Conseil d'État et qui a constitué le fondement de la tentative doctrinale de mise en place d'une **théorie générale des contrats administratifs**, sous les plumes de Gaston Jèze, Georges Péquignot ou encore André de Laubadère pour ne citer qu'eux. Les parties suivantes, portant sur les contrats de la commande publique, les contrats d'occupation du domaine public et les contrats de recrutement des agents, formant alors le **droit des contrats administratifs spéciaux**. À cette dichotomie s'appliquant tout naturellement le principe selon lequel le spécial déroge au principal.

Cette première partie s'envisage donc comme une introduction générale aux contrats administratifs. Elle mettra l'accent sur les règles générales qui sont applicables à ces derniers, mais aussi sur le contentieux contractuel.

Définition et critères d'identification

Le contrat administratif est avant tout un **contrat**, c'est-à-dire un **accord de volontés créant des obligations entre les parties**. Il est, en principe, conclu par une **personne publique** afin de satisfaire l'**intérêt général**. Dans cette perspective, il tend à se rapprocher du **service public** et porte en lui une certaine **exorbitance du droit commun**. Il est difficile de donner une définition claire et précise du contrat administratif. Aussi, c'est une notion qui **s'identifie** plus qu'elle ne se définit, selon deux techniques : la **qualification légale** et la **qualification jurisprudentielle**. La qualification de contrat administratif entraîne l'application d'un **régime juridique** qui, à de nombreux égards, le différencie du contrat de droit privé et la **compétence du juge administratif**.

Qualification légale

Il arrive — de plus en plus fréquemment — que le législateur qualifie expressément un contrat d'administratif ou en confie le contentieux au juge administratif :

- ◆ **Les contrats d'exécution de travaux publics** : depuis la loi du 28 pluviôse an VIII.
- ◆ **Les marchés publics et de partenariat** : depuis la loi MURCEF du 11 décembre 2001 pour les marchés publics et l'ordonnance du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat, reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015.
- ◆ **Les concessions** : depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016.
- ◆ **Les contrats d'occupation du domaine public** : depuis le décret-loi du 17 juin 1938.

Qualification jurisprudentielle

Si un contrat n'est pas expressément qualifié par le législateur mais que deux critères prétoriens cumulatifs sont présents, il sera qualifié de contrat administratif. De plus, le juge a érigé certains blocs de compétence :

- ◆ **Le critère organique** : au moins **une personne publique doit être partie au contrat** pour que le critère soit rempli. Cela dit, la jurisprudence a précisé certaines situations :
 - **Contrat conclu entre deux personnes publiques** : le contrat est présumé administratif (*TC, 21 mars 1983, Union des assurances de Paris*).
 - **Contrat conclu entre deux personnes privées** : le contrat est présumé de droit privé (*TC, 3 avril 1969, Société Interlait*). Cependant, la jurisprudence a reconnu des situations dans lesquelles le critère organique était rempli :
 - **Théorie du mandat** : lorsqu'une personne publique donne mandat à une personne privée pour conclure en son nom et pour son compte un contrat, le critère organique est rempli. Le mandat peut être **explicite** (*CE, 30 janvier 1931, La Brossette et fils*) ou **implicite** (*CE, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région Montpelliéraine*), le juge se fonde alors sur un faisceau d'indices.
 - **Personne privée transparente** : lorsqu'une personne privée est placée sous étroite dépendance d'une personne publique, les contrats qu'elle passe seront réputés conclus par elle. La jurisprudence a élaboré quatre critères cumulatifs pour déterminer si une personne privée est transparente : l'**origine**,

la **composition**, le **fonctionnement** et le **financement**, tous devant démontrer des liens très étroits avec une personne publique (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*).

- ◆ **Le critère matériel** : pour que ce second critère soit rempli, il existe deux alternatives :
 - **Le rattachement au service public** : le service public porte en lui l'administrativité, ce qui ressortait clairement de la jurisprudence du début du siècle (CE, 6 février 1903, *Terrier* ; CE, 4 mars 1910, *Thérond*). Aussi, dans deux cas, le critère matériel sera rempli :
 - **Le contrat porte sur l'exécution même du service public** (CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*).
 - **Le contrat est une modalité de l'exécution du service public** (CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*).
 - **L'exorbitance** : le caractère exorbitant du droit commun du contrat est la marque de la puissance publique, elle entraîne donc l'administrativité du contrat dans deux situations :
 - **La clause exorbitante du droit commun** : si un contrat comporte une clause exorbitante, le critère matériel sera rempli (CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*). Il s'agit d'une « *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.* » (TC, 13 octobre 2014, *Sté AXA France*).
 - **Le régime exorbitant du droit commun** : le critère matériel peut être rempli au regard de l'environnement juridique du contrat, notamment des textes qui le régissent et qui confèrent à un cocontractant des prérogatives exorbitantes du droit commun (CE, Sect., 17 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*).
- ◆ **Les blocs de compétence** : il en existe deux principaux :
 - **Les litiges entre un SPIC et ses agents** (hors directeur et comptable public) : compétence du juge judiciaire (CE, 13 octobre 1961, *Établissements Companon-Rey*).
 - **Les contrats passés entre une personne gérant un SPA et ses agents** : compétence du juge administratif (TC, 25 mars 1996, *Berkani*).

Formation

La formation du contrat correspond d'une part au formalisme que le contrat administratif doit avoir et d'autre part à la procédure applicable permettant de mettre en relation la personne publique et les opérateurs économiques.

Compétence

Le **consentement** dans les contrats administratifs est essentiel, comme dans tout contrat. Il doit être **vierge de tout vice**, ce qui, en droit administratif pose la question de la compétence. Ainsi, l'autorité qui conclut le contrat doit être **compétente** pour engager juridiquement la personne publique.

Formalisme

- ◆ **Absence de règle générale** : il n'existe pas de règle générale de forme des contrats administratifs, ces derniers pouvant en principe être **oraux** (*CE, Sect., 20 avril 1956, Époux Bertin*).
- ◆ **Obligations spécifiques** : les textes et la jurisprudence imposent de plus en plus un **caractère écrit** pour certains contrats spéciaux, notamment :
 - Les marchés publics supérieurs à 25 000 € HT ;
 - Les contrats concernés par la loi MOP ;
 - Les concessions ;
 - Les contrats d'occupation du domaine public.

Passation

- ◆ **Liberté contractuelle** : l'Administration dispose par principe de la **liberté contractuelle** (*CE, 28 janvier 1998, Société Borg Wagner*), qui lui permet de conclure des contrats de gré à gré, sans procédure préalable.
- ◆ **Procédure de passation** : ceci dit, cette liberté est largement encadrée dans de nombreux contrats et les textes imposent le plus souvent une **procédure de passation**, en particulier pour les contrats de la commande publique afin d'assurer la **transparence, la liberté d'accès et l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques désireux de contracter avec la personne publique**.
- ◆ **Limitation du recours au contrat** : également, dans certains cas, l'Administration est soumise à des textes lui permettant de conclure un contrat dans certaines situations seulement, concernant principalement les contrats de recrutement d'agents publics.

Contentieux de la formation

La formation du contrat administratif nécessite dans la grande majorité des cas le respect d'une procédure de passation spécifique. Ce mécanisme étant l'un des garants de l'indépendance et de l'impartialité de la personne publique vis-à-vis du monde économique et donc du respect de la concurrence, les textes et la jurisprudence ont progressivement mis en place un certain nombre de recours juridiques pour contester une procédure qui serait entachée d'irrégularité.

En procédure administrative contentieuse, il existe un nombre limité de recours disponibles, ce qui contraint le requérant à formuler sa demande en fonction de celui lui permettant d'atteindre ses objectifs.

La classification formelle du contentieux, attribuée à Édouard Laferrière, distingue les différents recours en fonction des pouvoirs du juge vis-à-vis de l'acte qui est contesté.

En l'occurrence, en matière de contrats administratifs, l'acte contesté peut être à la fois le contrat lui-même, la procédure de passation ou encore les actes réglementaires qui ont permis cette passation.

- ◆ **Les recours généraux** : les deux recours les plus présents sont :
 - **Le recours de pleine juridiction** : il se caractérise par un large pouvoir du juge de rétablir le requérant dans son droit honni en fonction de l'intégralité des éléments d'un dossier. À l'issu de l'instruction, le juge peut à la fois annuler le contrat ou la procédure de passation et substituer sa propre décision en changeant les termes d'un contrat où en modifiant l'attribution d'un contrat à l'issu d'une procédure affectée d'irrégularité. De plus le juge peut condamner la personne publique à verser des indemnités.
 - **Le recours pour excès de pouvoir** : il se caractérise par un pouvoir plus restreint du juge. Il s'agit d'un recours objectif dirigé contre un acte administratif unilatéral et où le requérant ne peut invoquer que des moyens relatifs à l'illégalité de l'acte, interne ou externe.
- ◆ **Les référés** : en matière de contrats administratifs conclus à l'issu d'une procédure de passation il existe des recours spécifiques, **les référés précontractuel et contractuel**. Le juge s'assure uniquement et spécifiquement du respect des exigences de publicité et de mise en concurrence imposées dans les procédures de passation. En cas d'irrégularité, le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à la procédure, suspendre la passation du contrat, annuler la procédure de passation ou supprimer des clauses du contrat qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Recours de pleine juridiction

- ◆ **Déféré préfectoral** : pour les contrats des collectivités territoriales, le représentant de l'État dans le département peut les déférer devant le **juge de pleine juridiction**.
- ◆ **Les parties au contrat** : les parties au contrat peuvent saisir le **juge du contrat d'une action en nullité**. Cela dit, face à des vices affectant la validité du contrat, le juge doit apprécier si ces derniers sont d'une telle gravité qu'il ne peut que prononcer la nullité du contrat. Au regard des exigences de **loyauté** et de **stabilité des relations contractuelles**, face à des vices mineurs, le juge doit prononcer la **poursuite des relations**, sous réserve de mesures de régulation (*CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, dit Béziers I*).
- ◆ **Les tiers** : conformément au principe de l'effet relatif des conventions, les tiers n'étaient classiquement pas admis à saisir le juge du contrat pour contester le contrat. Ils pouvaient cependant en attaquer les **actes détachables** devant le juge de l'excès de pouvoir (*CE, 4 août 1905, Martin*). Cela dit, en deux étapes, le Conseil d'État leur a octroyé cette possibilité :
 - **La jurisprudence « Tropic travaux »** : en 2007, le Conseil d'État a reconnu la possibilité à **« tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif »** de contester dans les deux mois suivant la publicité de ce dernier de **former un recours de plein contentieux visant à la contestation de la validité de ce contrat ou de certaines des clauses qui en sont divisibles** (*CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation*).

- **La jurisprudence « Département de Tarn-et-Garonne »** : poussant plus loin la jurisprudence *Tropic*, le Conseil d'État a reconnu en 2014 que le **recours de pleine juridiction à l'encontre d'un contrat administratif est ouvert à tout tiers lésé présentant un intérêt direct et certain** (CE, Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne). Ce recours peut être assorti d'un **référé-suspension** de l'article L.521-1 du CJA.

Référés

Les référés ont une importance considérable en ce qui concerne les **contrats de commande publique**, pour lesquels sont ouverts les référés précontractuel et contractuel.

- ◆ **Référé précontractuel** : conformément à l'article L.551-1 du CJA, les tiers ayant un **intérêt à conclure le contrat** et qui sont **susceptibles d'être lésés** peuvent saisir le juge des référés à **l'encontre d'une procédure de mise en concurrence** et avant la signature du contrat.
- ◆ **Référé contractuel** : prévu à l'article L.551-13 du CJA, il est globalement semblable au référé précontractuel sauf que son intérêt pratique est limité. En effet, il ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat et est fermé si le requérant a formé un référé précontractuel ou s'il a eu la possibilité de le faire durant le délai de *stand still*.

Recours pour excès de pouvoir

- ◆ **Clauses réglementaires** : tout **tiers intéressé** peut saisir le juge de l'excès de pouvoir à l'encontre des **clauses réglementaires d'un contrat administratif** (CE, 10 juillet 1996, Cayzeele).
- ◆ **Contrats de recrutement d'agents** : le Conseil d'État a également reconnu que tout **tiers intéressé** pouvait contester devant le juge de l'excès de pouvoir un **contrat de recrutement d'un agent public** (CE, Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux).

Exécution

L'exécution succède à la signature du contrat, elle correspond à l'exécution des obligations contractuelles convenues entre les parties.

Respect des stipulations contractuelles

- ◆ **Force obligatoire** : conformément au principe de la force obligatoire des contrats (*article 1103 du Code civil*), les cocontractants doivent **exécuter leurs obligations**, de bonne foi.
- ◆ **Interprétation** : le contrat administratif étant avant tout un contrat, en cas de désaccord sur la consistance et l'étendue des clauses, le juge administratif les interprétera à l'aune de la **commune intention des parties**.

Pouvoirs de l'Administration

L'administrativité du contrat confère à l'Administration cocontractante des **prérogatives exorbitantes du droit commun**, qui s'équilibrent grâce à la **théorie de l'équation financière** qui impose l'indemnisation du cocontractant :