



UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS
DROIT – ECONOMIE – SCIENCES SOCIALES

LES CONVENTIONS D'ADMINISTRATION

Thèse pour le doctorat en droit public de l'Université Panthéon-Assas
présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2011

Par **Sébastien HOURSON**

Membres du Jury

Monsieur **Nicolas BOULOUIS**
Maître des requêtes au Conseil d'État

Monsieur **Stéphane BRACONNIER**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur **François BRENET**
Professeur à l'Université de Poitiers.
Rapporteur

Madame **Camille BROUELLE**
Professeur à l'Université Paris-Sud
Rapporteur

Monsieur **Pierre DELVOLVÉ**
Membre de l'Institut
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Monsieur **Bertrand SEILLER**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Directeur de recherche

LES CONVENTIONS D'ADMINISTRATION

Résumé

Depuis quelques décennies, les actions conventionnelles des personnes publiques ont connu un remarquable essor. Elles recouvrent toutefois des réalités variables. Il est fréquent que les actes signés comportent certains éléments caractéristiques des contrats mais ne produisent ni droit ni obligation à l'égard des parties. Dans ces hypothèses, les appareils conceptuels traditionnels ne suffisent pas à rendre compte des pratiques administratives. En l'état du droit, les qualificateurs n'ont guère le choix. Ils doivent opter pour l'une des deux possibilités admises : soit l'acte est un authentique contrat, soit il relève du non-droit. De sorte qu'il existe aujourd'hui un décalage entre les outils théoriques et les moyens administratifs. Cela invite à tracer les contours d'une nouvelle catégorie d'actes conventionnels, nommés *conventions d'administration*, dont les stipulations ne comprennent que des énoncés directifs, c'est-à-dire dépourvus d'impérativité. Élaborée au terme d'un examen matériel, elle peut être conçue comme une espèce relevant d'un genre, celui des actes conventionnels, dont l'identification procède d'une analyse formelle. Les conventions d'administration se trouvent ainsi séparées des contrats. Et il est possible de corroborer cette distinction en mettant en exergue leur fonction substitutive. Phénomènes juridiques et administratifs, les conventions d'administration sont en outre soumises à quelques normes et subissent des contrôles perfectibles. Adopter une telle approche permet non seulement de mieux rendre compte des instruments contemporains, et de les soumettre à un encadrement adapté, mais redonne aussi à la notion de contrat sa cohérence.

Mots clés : Action administrative, Actions conventionnelles, Contractualisation, Classification et catégories, Norme contractuelle, Clauses impératives et directives, Contrats de plan, de projets, locaux de sécurité, Conventions d'objectifs et de gestion

Abstract

In a few decades, the conventional actions of the public persons knew a remarkable development. Nevertheless, it is frequent that the signed acts contain certain characteristic elements of contracts but do not produce either straight ahead or obligation towards the parties. In these hypotheses, the traditional theoretical concepts are not enough to report administrative practices. Those who qualify have to opt for one of both accepted possibilities: either the act is an authentic contract, or it recovers from the non-law. It invites to draw the outlines of a new category of conventional acts, named *agreements of administration*, the conditions of which include only directive statements, that is devoid of imperative sentences. Elaborated in the term of a material examination, it can be conceived as a sort recovering from a kind, that of the conventional acts, the identification of which proceeds of a formal analysis. The agreements of administration are so separated from contracts. And it is possible to confirm this distinction by highlighting their substitute function. Legal and administrative phenomena, the agreements of administration are besides subjected to some rules and undergo perfectible controls. Such an approach allows not only to report better contemporary instruments, and to subject them to an adapted control, but also restore in the notion of contract its coherence.

Sommaire

(Une table des matières détaillée et paginée figure à la fin de la thèse)

Première partie

L'autonomie de la notion de convention d'administration

Titre 1 : Une autonomie structurelle mesurée

Chapitre 1 : L'assimilation formelle entre les actes conventionnels de l'administration

Section 1 : Un caractère constant, l'expression des consentements

Section 2 : Un caractère identique, la réciprocité conventionnelle

Chapitre 2 : La distinction matérielle entre contrat et convention d'administration

Section 1 : Une distinction fondée sur l'impérativité

Section 2 : Une distinction forgée par plusieurs entités

Titre 2 : Une autonomie fonctionnelle affirmée

Chapitre 1 : L'autonomie au regard des sujets des conventions

Section 1 : L'identification de la capacité conventionnelle

Section 2 : L'attribution de la capacité conventionnelle

Chapitre 2 : L'autonomie au regard des objets des conventions

Section 1 : L'accroissement des objets autorisés

Section 2 : Le traitement des objets irréguliers

Seconde partie

Les spécificités de l'utilisation des conventions d'administration

Titre 1 : Une source indirecte de la légalité administrative

Chapitre 1 : La juridicité des conventions d'administration

Section 1 : Les effets juridiques directs

Section 2 : Les effets juridiques indirects

Chapitre 2 : L'administrativité des conventions d'administration

Section 1 : Le rôle déterminant du critère organique

Section 2 : L'efficacité partielle des critères alternatifs

Titre 2 : Une soumission imparfaite à la légalité administrative

Chapitre 1 : Les normes régissant les conventions d'administration

Section 1 : Les normes régissant l'existence des conventions d'administration

Section 2 : Les normes régissant l'exécution des conventions d'administration

Chapitre 2 : Les contrôles visant les conventions d'administration

Section 1 : L'inexistence des contrôles juridictionnels

Section 2 : L'insuffisance des procédés alternatifs

Principales abréviations

<i>ACCP</i>	<i>Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics</i>
<i>ACL</i>	<i>Annuaire des collectivités locales</i>
act.	actualités
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
aff.	affaire
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique fonctions publiques</i>
al.	alinéa
anc.	anciennement
<i>Ann. IDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique</i> (de 1931 à 1940), <i>Archives de philosophie du droit</i> (depuis 1952)
ARH	Agence régionale de l'hospitalisation
art.	article
Ass.	Assemblée
BDI	Bibliothèque de droit international
BDP	Bibliothèque de droit public
BDPr	Bibliothèque de droit privé
<i>Bull. ILAP</i>	<i>Bulletin de l'Institut international d'administration publique</i>
BOMI	<i>Bulletin officiel du ministère de l'intérieur</i>
c/	contre
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
<i>CFP</i>	<i>Cahiers de la fonction publique</i>
CGCT	Code général des collectivités territoriales
chron.	chronique
Civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMP</i>	<i>Contrats et marchés publics</i>
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparaison
concl.	conclusions
cons.	considérant
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
dir.	sous la direction de
doct.	doctrine
<i>Dr. env.</i>	<i>Droit de l'environnement</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
éd.	édition
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>

égal.	également
expl.	explicitement
fasc.	fascicule
GACE	<i>Les grands avis du Conseil d'État</i>
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
GP	<i>Gazette du Palais</i>
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HCI	Haut Conseil à l'intégration
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (même endroit)
impl.	implicitement
IR	informations rapides
<i>J.-Cl. civ.</i>	<i>Juris-Classeur droit civil</i>
<i>J.-Cl. adm.</i>	<i>Juris-Classeur droit administratif</i>
<i>J.-Cl. int.</i>	<i>Juris-Classeur droit international</i>
JCP A	<i>Semaine juridique – éd. administration et collectivités territoriales</i>
JCP G	<i>Semaine juridique – éd. générale</i>
JDI	<i>Journal du droit international</i>
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
jur.	jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
MTP	<i>Moniteur travaux publics</i>
n°	numéro
NBT	Nouvelle Bibliothèque de Thèses
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (même ouvrage)
ord.	ordonnance
p.	page
part.	particulièrement
Plén.	Assemblée plénière
PMP	<i>Politiques et management public</i>
préf.	préface
RA	<i>La revue administrative</i>
rappr.	rapprocher de
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RDC	<i>Revue de droit contemporain</i>
RDCA	<i>Répertoire Dalloz contentieux administratif</i>
RDCiv.	<i>Répertoire Dalloz droit civil</i>
RDCO	<i>Revue des contrats</i>
RDCL	<i>Répertoire Dalloz collectivités locales</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
RDR	<i>Revue de droit rural</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
Rec.	<i>Recueil Lebon pour les arrêts du Conseil d'État, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel pour les décisions du Conseil constitutionnel, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances pour les décisions de la Cour internationale de justice, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance pour les décisions des juridic-</i>

REDP	tions de l'Union européenne
rééd.	<i>Revue européenne de droit public</i>
reprod.	réédition
req.	reproduit
<i>Rev. arb.</i>	requête
RFAP	<i>Revue de l'arbitrage</i>
RFDA	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFFP	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFSP	<i>Revue française de finances publiques</i>
RG	<i>Revue française de science politique</i>
RGCT	<i>Revue générale d'administration</i>
RGDM	<i>Revue générale des collectivités territoriales</i>
RIDC	<i>Revue générale de droit médical</i>
RJE	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJEP	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RRJ	<i>Revue juridique de l'entreprise publique</i> (de 2002 à 2007), <i>Revue juridique de l'économie publique</i> (depuis 2007)
RSF	<i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i>
RTD <i>civ.</i>	<i>Revue de science financière</i>
RTD <i>com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
S.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.	<i>Recueil Sirey</i>
Sect.	suivant
spéc.	Section
t.	spécifiquement
TA	tome
tab.	Tribunal administratif
TC	tables
th.	Tribunal des conflits
trad.	thèse
trib.	traduction
v.	tribune
vol.	voyez
	volume

Remerciements

Entreprise solitaire, la rédaction d'une thèse l'est assurément. Cependant, malgré cette réalité qui apprend la persévérance au doctorant, elle peut aussi donner lieu à de nombreuses rencontres. Au cours de l'élaboration de cette étude, j'ai ainsi eu la chance de bénéficier de plusieurs soutiens auxquels je tiens à adresser mes plus vifs remerciements.

Je suis, tout d'abord, particulièrement reconnaissant envers le professeur Bertrand Seiller pour avoir suscité cette thèse, accepté la direction de celle-ci, et plus encore pour sa très grande disponibilité et sa bienveillante rigueur scientifique.

Mes remerciements vont ensuite au professeure Martine Lombard ainsi qu'au professeur Didier Truchet pour l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de mon travail et leurs encouragements. Je ne saurais trop remercier surtout les professeurs Philippe Cossalter, Benoît Delaunay, David Mongoin et Guillaume Tusseau pour avoir accepté si aimablement de lire des parties, parfois substantielles, de ce travail, qui a bénéficié de leurs critiques et de leurs conseils.

Enfin, je suis infiniment redevable à celles et ceux qui ont accepté de m'épauler durant l'élaboration de cette thèse. Pour avoir participé à la tâche fastidieuse, mais essentielle, de relecture, je tiens en particulier à témoigner ma profonde gratitude à Alexandre Ciaudo, son appui indéfectible fut pour moi précieux. Ont aussi participé à cette besogne, avec une implication à laquelle j'ai été très sensible, Alexis Frank, Jean-François Lafaix et Jean Sirinelli. Pour avoir concouru, lors de discussions notamment, à la conception de ce travail, je souhaite également exprimer ma reconnaissance à Benjamin Defoort, Sébastien Ferrari et Olivier Pluen. Pour finir, je suis ô combien redevable à Florence, Émilie, Stéphanie et Linh pour leur aide matérielle et complice. Cette thèse leur doit beaucoup, qu'ils en soient tous très vivement remerciés.

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Introduction

Le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, alors qu'elle a pour raison d'être de les discipliner ; il se doit de ne pas abandonner, à la première pointe offensive dirigée par « les faits » contre ses règles et ses notions, la ligne qu'il a mission de tenir, car rien n'est plus ambigu qu'un fait, et rien ne prête davantage à l'incertitude que son interprétation¹.

Le désordre contractuel souvent relevé au sein du droit administratif français est lui aussi d'abord un désordre conceptuel et terminologique. Penser la société du contrat suppose en amont des concepts et une terminologie claire et communément acceptée. Ils restent à définir².

1. L'activité administrative est saisie par l'idéologie contractuelle. La place fondamentale qu'y occupent les contrats semble désormais incontestable. Et d'ailleurs, la plupart des auteurs soulignent toute la richesse de cette évolution. Pourtant, malgré un dynamisme apparent, les actions conventionnelles des personnes publiques se détériorent progressivement. Ce mouvement contemporain trouve plusieurs justifications d'ordre quantitatif et qualitatif. Il tient d'abord à un phénomène de dévalorisation des actes conventionnels qui résulte, pour une large part, d'un usage trop intensif. Les autorités administratives recourent en effet très fréquemment aux contrats, conventions, chartes, ou encore protocoles d'accord, et ce depuis plusieurs décennies et dans divers domaines³. Une telle inflation n'affaiblit certes pas

¹ J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chron., p. 102.

² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p.252.

³ V. not., sur cette « mode », CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 15 et s. ; J.-L. AUTIN, « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 129 : « la vague de la contractualisation » ; J. CHEVALLIER, « Conclusion », in B. Basdevant-Gaudemet, *Contrat ou institution : enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 185 : « la vogue du chème contractualiste » ; P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité

en elle-même la valeur juridique de ces actes. Mais elle affecte sans doute leur utilité. À l'instar de la loi ou du règlement⁴, l'importance quantitative des procédés conventionnels nuit à leur perception et, par conséquent, à leur compréhension. De manière plus certaine encore, la détérioration constatée est ensuite liée à une dépréciation qualitative tenant à la notion de contrat. Les parties voient souvent dans les procédés conventionnels de simples moyens d'action dont l'intérêt réside dans la négociation qu'ils supposent. Elles semblent en revanche peu préoccupées par la teneur normative des stipulations. De sorte que, parmi tous ces *actes conventionnels*, assez peu nombreux sont aujourd'hui les authentiques contrats.

2. Ce constat semble largement partagé au sein de la doctrine. En attestent les expressions surabondantes utilisées pour rendre compte des incertitudes sur la nature des procédés. Nombreux sont ainsi les auteurs qui, notant un décalage entre la forme et le fond, évoquent une « façade conventionnelle »⁵ ou bien un « vocabulaire d'apparence contractuelle »⁶. Dans le même ordre d'idées, il arrive que l'on présente ces actes comme des « convention(s) non juridique »⁷, des « pseudo-contrats »⁸, des « presque-contrats »⁹, des « quasi-contrats »¹⁰ ou plus sobrement de

juridique », CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 338 : évoquant « une sorte de fureur contractuelle » ; Y. GAUDEMET, « (La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?) En matière administrative », in L. Cadiet et L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 212 ; Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvements du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 546 : évoquant une mode qui « continue de faire fureur » ; J.-F. LACHAUME, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées R. Savatier*, PUF, 1986, p. 61 et s. ; A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 463 ; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 103, 1971, pp. 13-18 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 1 ; J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, p. 122 : l'auteur évoque une « ivresse contractuelle » ; S. REGOURD, « Regard critique sur la « fièvre contractuelle » des collectivités territoriales », in *Mélanges J.-A. Mazères*, Litec, 2009, p. 707 ; J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, pp. 230-232.

⁴ CE, Rapport public, *De la sécurité juridique*, EDCE, n° 43, 1992, p. 32 et s.

⁵ Y. GAUDEMET, « Les contrats de solidarité », *Dr. soc.*, 1982, p. 335.

⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2008, p. 258.

⁷ L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999, p. 34.

⁸ Cette terminologie est régulièrement employée et il est remarquable de relever la multiplicité des significations selon les auteurs, v. not., J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 137 ; D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 210, 2000, pp. 124-128 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, p. 177 ; P.-M. GAUDEMET, « Réflexions sur le droit administratif économique », in *Mélanges L. Lopez Rodo*, 1972, p. 139 et s. ; L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 9 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 197 ; J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, p. 20 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats*

« faux contrats »¹¹. Cette énumération montre que les discours doctrinaux regorgent de qualificatifs censés traduire la dégradation de l'action conventionnelle publique. Nul doute que ce but soit atteint. Toutefois, l'association de ces formules s'avère être une source de confusions supplémentaires car les auteurs ne renvoient pas à des situations identiques. Ils désignent par ces expressions des actes qui se situent tantôt au-delà de la catégorie contractuelle, en raison de leurs effets réglementaires ; tantôt en deçà, lorsque leurs clauses ne génèrent même pas des effets attachés aux contrats. L'hétérogénéité des phénomènes décrits a ainsi de quoi surprendre et il est bien difficile de trouver une signification commune aux analyses doctrinales. Tout au plus cela manifeste l'attitude généralement critique, mais aussi quelque peu dubitative, des auteurs.

3. Au demeurant, les hésitations doctrinales sont renforcées en raison de la fortune d'une terminologie commode pour désigner l'ensemble de ces procédés : la *contractualisation*¹². Cette expression vise des instruments dont le point commun réside dans l'adhésion des destinataires. Elle procède ainsi d'une approche d'ordre téléologique. Aussi s'avère-t-elle ambiguë dans la mesure où elle dissimule des réalités multiples et outrepassé amplement les objets juridiques identifiés. Sur le plan de la classification des actes, elle regroupe tout et son contraire. On désigne quelquefois par ce terme de véritables contrats mais il arrive aussi que soient visés des actes unilatéraux. En d'autres hypothèses, peuvent être désignés des instruments dont la nature juridique est douteuse. Il semble dès lors que la signification attachée à la *contractualisation* s'avère trop évasive¹³ et ne revêt qu'un intérêt modéré pour une approche

administratifs, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 230 ; Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 69.

⁹ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 633.

¹⁰ Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 6.

¹¹ P. BRUNET, « Le conflit des qualifications : le cas des actes réglementaires « en forme de conventions » », *RDCO*, 2005 (n° 2), p. 439 ; P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 339 ; A. HOLLEAUX, « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bull. ILAP*, 1974 (n° 32), p. 680 ; J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 747 ; R. SCHWARTZ, « Qu'en pense le président Genevois ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 972 ; J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE Sect., 30 oct. 1998, *Commune de Lisieux*, *RFDA*, 1999, p. 136.

¹² Dès 1914, le néologisme « *contractualisme* » apparaît en doctrine, v. P. ROUBIER, *Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public*, th., éd. Arthur Rousseau, 1914, p. 5.

¹³ V. not., P. ANCEL, « Contractualisation », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 231 ; P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit

théorique de l'action publique. Elle apporte une complexité supplémentaire à la matière car, ainsi que le relève M. Collart-Dutilleul, « le mouvement de contractualisation [...] rend de moins en moins lisibles les critères de différenciation de ce qui est vraiment et positivement contrat et de ce qui ne l'est pas »¹⁴. C'est pourquoi il conviendrait d'en faire l'économie. La plupart du temps, seules les terminologies habituellement admises au sein des discours juridiques seront donc utilisées dans cette étude.

4. En dépit de la concorde doctrinale au sujet de la détérioration de l'action conventionnelle publique, peu de propositions sont faites pour contribuer à la résolution des difficultés théoriques et pratiques que cette situation occasionne. Sans doute les auteurs cherchent-ils à rendre compte de l'évolution des méthodes d'administration. Mais il ressort souvent de leurs travaux une présentation typologique dont l'utilité s'avère assez limitée. L'ambition doctrinale reste, sur cet aspect, cantonnée à l'application des concepts juridiques habituels. Elle n'est pas guidée par le souci de renouveler les appareils théoriques à la disposition des acteurs du droit. Il est pourtant nécessaire d'opérer une évaluation systématique sur ce plan. Les discours juridiques ne sont pas contraints, en effet, de tenir pour acquises et immuables les affirmations émises antérieurement par la doctrine. Il s'agit au contraire de supports pour les réflexions critiques à venir. En outre, les évolutions des phénomènes juridiques obligent, sans remettre en cause la validité scientifique d'une doctrine, à réexaminer la pertinence des constructions passées. Il s'agit d'une exigence tout à fait logique et nécessaire pour asseoir la légitimité de la production doctrinale.

La modestie des propositions théoriques semble d'autant plus surprenante compte tenu de l'importance que revêt la qualification juridique. Déterminant le régime applicable à telle ou telle manifestation de droit, celle-ci conditionne en principe tout raisonnement¹⁵. Aussi est-il toujours nécessaire de s'assurer que l'acte envi-

des Affaires », 2007, p. 15 et s. ; P. LOKIEC, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 95 ; J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », *RDP*, 1993, p. 641 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 552.

¹⁴ F. COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 228. V. not., Ch. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008, p. 3 et s. ; M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDCO*, 2006, p. 297 ; B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 266 et s.

¹⁵ Parfois, le droit est présenté, de manière réductrice, comme « l'art des bonnes classifications », v. B. CHENOT, « l'existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, p. 68. Bien qu'il soit certain que, du point de vue

sagé corresponde bien aux éléments qui caractérisent une catégorie donnée. Or cette opération se trouve quelquefois négligée au sujet des contrats. À ce titre, les propos de Duguit, il y a près d'un siècle, conservent une réelle actualité. Pour le doyen de Bordeaux, « beaucoup de difficultés naissent dans le droit de la mauvaise terminologie. Il faudrait pourtant, une fois pour toute, employer les mêmes mots pour désigner les mêmes choses, et des mots différents pour désigner des choses différentes. On doit réserver le mot *contrat* pour désigner une certaine espèce d'acte plurilatéral et seulement celle-là. Il faut déterminer les caractères de cette espèce d'acte plurilatéral et n'employer le mot *contrat* que lorsque ces caractères se trouvent réunis »¹⁶. Si tel n'est pas le cas, un effort de requalification doit être mené. Et, au besoin, ce processus peut inciter de manière exceptionnelle à repenser la classification des actes. Lorsque des objets ne s'insèrent pas correctement dans une catégorie juridique préalablement déterminée, il est possible en effet d'en concevoir une nouvelle. Voilà précisément ce à quoi encourage aujourd'hui la passation de certaines conventions. Leur existence soulève des difficultés qui devraient susciter une réflexion en ce sens.

5. Loin de nécessiter une refonte générale de la classification des actes, ces circonstances appellent un examen plus limité. Il s'agit de satisfaire une ambition simple qui consiste à mieux systématiser les actions conventionnelles des personnes publiques. Dans cette optique, on peut postuler que la diversification des procédés ne saurait être analysée au seul moyen de la notion de contrat. Les finalités nouvelles assignées aux actes conventionnels¹⁷ supposent, au contraire, d'envisager les éventuelles modifications subies par les actes eux-mêmes. Partant de cet axiome, une hypothèse guidera la présente étude. Elle réside non seulement dans la possibilité théorique, mais aussi dans l'utilité pratique, de consacrer une nouvelle notion pour concevoir une catégorie d'actes conventionnels ne réunissant pas toutes les caractéristiques des contrats. Plusieurs considérations invitent à retenir l'expression de *conven-*

du juge, cette tâche est la plus importante, v. D. LABETOUILLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1994 (n° 18), p. 31. V. not., sur la nature et la fonction de la qualification juridique, O. CAYLA, « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1994 (n° 18), p. 3 ; J. GHESTIN (dir.), Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 77 : c'est « un outil, une méthode dont se sert le juriste qui peut être définie d'une façon générale comme le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer son régime ». V. part., sur l'ensemble de la question en droit administratif, Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 263, 2009.

¹⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 380 (nous soulignons).

¹⁷ Au-delà de leur fonction sociale, qui tient en particulier dans leur valeur d'instrument de commerce, d'échanges économiques (v. part., J.-F. LAFIAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 8 et s.), certaines conventions participent aujourd'hui au processus d'élaboration des normes et d'organisation des relations inter-administratives.

tion d'administration dans le cadre de cette recherche dont il faut identifier l'objet (Section 1), justifier l'utilité (Section 2) et enfin exposer la méthode (Section 3).

Section 1 : L'identification de l'objet de la recherche

6. La systématisation des conventions d'administration suppose d'identifier au sein de l'action publique les manifestations sur lesquelles portera l'étude. Cette étape semble d'autant plus essentielle que le but recherché consiste à tracer les contours d'une catégorie d'actes juridiques. Mais surtout, elle est amplement suggérée par la très grande diversité des procédés d'ordre conventionnel auxquels ont recours les administrations. Les pratiques contemporaines ne facilitent pas, à l'évidence, la réalisation de cette identification préalable. Il faut néanmoins déterminer les éléments objectifs sur lesquels porte la présente thèse. Cela suggère tout d'abord de rendre compte, de manière générale, de l'omniprésence des conventions d'administration (Sous-section 1). Laquelle est déjà en elle-même un gage de la pertinence, au moins pratique, de l'étude entreprise. Il sera ensuite possible d'opérer un certain nombre de choix qui conditionneront les développements ultérieurs (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'omniprésence des conventions d'administration

7. Comme « il est faux de croire que l'acte unilatéral est fondamentalement étatique, ou, au moins, public »¹⁸, il est tout aussi erroné de penser que l'acte conventionnel est fondamentalement privé. Aucun de ces instruments juridiques ne saurait relever par essence d'une branche du droit. D'un point de vue pragmatique, il est évident, en revanche, que l'acte unilatéral occupe un rôle fondamental pour l'administration tandis que les conventions constituent la plus grande part des actions privées¹⁹. Mais la prédominance de certains moyens d'action dépend surtout d'une différence évidente de contexte. Elle est liée aux buts devant être atteints. En tous cas, la nature des actions publiques a indéniablement influé sur l'élaboration du

¹⁸ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1982, spéc. p. 442 ; G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 209 ; B. SEILLER, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2004, p. 481 et s.

¹⁹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 194. V. aussi, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 56.

droit administratif, lequel traduit bien la prééminence de l'acte unilatéral²⁰. Il reste que l'omniprésence des conventions d'administration est désormais bien réelle. Elle se manifeste au sein d'un double niveau de langage. Procédé répandu dans l'action administrative (§1), elle constitue aussi une préoccupation grandissante pour la doctrine (§2).

§1. Un procédé répandu dans l'action administrative

8. Bien qu'elles n'en soient pas l'apanage, les conventions incarnent depuis plusieurs décennies une certaine modernisation administrative²¹. Ainsi n'est-il guère surprenant que ces procédés se rencontrent surtout dans des secteurs d'intervention naissants²². Ils répondent la plupart du temps à des besoins nouveaux liés à l'émergence de préoccupations récentes. En attestent diverses conventions signées dans le domaine de la protection de l'environnement. M. Jégouzo relève à cet égard l'existence des « contrats de branche conclus entre l'État et les organisations professionnelles pour définir un certain nombre d'objectifs en matière de qualité environnementale et les aides aux entreprises qui en sont la contrepartie, des contrats de bruit, des contrats de rivières propres, des plans municipaux d'environnement, [ou encore] des contrats et des chartes pouvant être conclus dans le cadre des procédures Natura 2000 »²³. Touchant à plus de domaines, les anciens contrats de plan signés entre l'État et les régions fournissent également des illustrations topiques²⁴. Plus classiques sont enfin les utilisations de procédés conventionnels dans le cadre de l'action économique des personnes publiques²⁵. Il s'agit d'un important vivier pour la passation de tels actes bien qu'il faille noter les ambiguïtés que revêtent ces

²⁰ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 91 ; L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, pp. 8-9.

²¹ V. part., pour une approche générale, P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 293.

²² V. déjà, G. PÉQUIGNOT, « Des contrats de l'administration », in « Des contrats administratifs », *J.-Cl. adm.*, fasc. 505, 1952, p. 2.

²³ Y. JÉGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008 (n° 127), pp. 27-28.

²⁴ J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, pp. 43-67.

²⁵ V. not., J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 136 ; P.-M. GAUDEMET, « Réflexions sur le droit administratif économique », in *Mélanges L. Lopez Rodo*, 1972, p. 134 ; J. RIVERO, « Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, 1962, p. 894 ; Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, p. XIV et s.

manifestations²⁶. D'ores et déjà, ces quelques illustrations permettent de donner un bref aperçu de la place grandissante des conventions. Elles gagnent des domaines en fonction de l'expansion de l'action publique mais se retrouvent aussi dans des situations plus propices aux mesures unilatérales. Et c'est bien la raison pour laquelle, à ce stade de l'étude, il est difficile de déterminer précisément la nature de ces actes.

9. Si l'administration use aujourd'hui « largement »²⁷ des procédés conventionnels, on peut néanmoins y voir une méthode d'administration ancienne. Certains auteurs affirment en ce sens que « le contrat, dans la sphère d'activités publiques, apparaît comme un procédé traditionnel et fort ancien. Dès le XVI^e siècle, en France, des conventions furent passées avec des particuliers, pour la construction et la gestion des canaux, selon une technique préfigurant les grandes concessions d'ouvrage public du XIX^e siècle »²⁸. Plusieurs tâches que les personnes publiques ne pouvaient, ou ne souhaitaient, assurer seules ont ainsi justifié la signature de contrats depuis plusieurs siècles. Il s'agissait toutefois de satisfaire des besoins précis relevant de certains domaines. Dorénavant, le procédé conventionnel connaît des applications, sous des formes variées, dans tous les secteurs de l'activité administrative. En outre, cette évolution se traduit également par une multiplication des relations entre personnes publiques. La signature de conventions entre administrations pouvait se heurter autrefois au système centraliste²⁹. Cela n'empêchait pas l'existence de relations contractuelles³⁰ mais ne les favorisait guère. On ne saurait contester aujourd'hui que « les collectivités publiques, et parmi elles tout particulièrement les collectivités locales, se sont mises à multiplier les accords aux noms les plus divers

²⁶ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 423-438.

²⁷ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 369.

²⁸ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2010, p. 343. V. aussi, J.-M. AUBY, « Le contrat administratif en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 495 ; M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, 1979, th. Toulouse, p. 231 ; X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 206 ; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Contractualisation versus institutionnalisation de l'action publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 47 ; E. PERRIQUET, *Les contrats de l'État*, Marchal et Brillard, 2^{ème} éd., 1890, p. V.

²⁹ V. par ex., N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551. Un auteur affirme même que « toute communication ou correspondance entre conseils généraux ou entre conseils municipaux était prohibée », v. E. BAUDOT, *Recherches sur les rapports entre Administrations publiques en droit administratif français*, th., EDG. Thomas, 1913, p. 95.

³⁰ V. par ex., sur la construction d'une prison, CE, 20 décembre 1901, *Sieur Barthélemy-Colson c/ département du Nord*, *Rec.*, p. 907.

et, surtout, aux caractéristiques les plus variées et les plus souples qui soient »³¹. Ces observations sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'y consacrer plus de développements introductifs.

10. En revanche, les personnes publiques ont tendance à faire un usage abusif des moyens conventionnels. Elles y ont parfois recours de manière intempestive et même dans des situations où l'édition d'un acte unilatéral serait préférable. Ainsi que le souligne M^{me} Hecquard-Théron, un « parti pris en faveur du contrat est le plus souvent mal exploité, parce que le choix entre l'action unilatérale ou conventionnelle s'opère dans le plus grand empirisme »³². Bien plus, l'engouement pour la passation de conventions est tel qu'il est susceptible de destabiliser plusieurs principes d'action pourtant fermement établis. En attestent des situations heurtant en apparence la théorie juridique. Parmi celles-ci, il est possible de mentionner la signature de conventions entre des entités relevant d'une même personne juridique. Peuvent être mentionnés à ce titre les contrats d'objectifs et de moyens passés entre le Vice-président du Conseil d'État et les présidents de chaque Cour administrative d'appel³³. Dans le même ordre d'idées, il arrive que des actes conventionnels portent sur une matière prohibée, comme la police administrative, ainsi que l'illustrent les contrats locaux de sécurité³⁴. Au vu de l'ensemble de ces pratiques, les acteurs semblent méconnaître certains fondements théoriques de l'action publique française.

11. L'originalité de cette situation ne doit cependant pas être exagérée. D'autres ordres juridiques connaissent aussi une progression remarquable des techniques conventionnelles qui provoque une évolution de la notion même de contrat.

³¹ J.-M. PONTIER, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *RA*, 1994, p. 166. Cette technique est du reste consacrée depuis longtemps par la jurisprudence constitutionnelle, v. CC, 19 juill. 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 83-160 DC, *Rec.*, p. 43.

³² M. HECQUARD-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, p. 456.

³³ V. not., Y. AGUILA, « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les cours administratives d'appel », *AJDA*, 2003, p. 4 ; B. ODENT et D. TRUCHET, *La justice administrative*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 2008, p. 18. V. égal., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 37.

³⁴ V. not., É. CHALUMEAU, « Les contrats locaux de sécurité », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, CNFPT, colloque de tours, 27 et 28 janv. 1999, p. 171 ; V. LEWANDOWSKI, « Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *DA*, 2002, chron. 2 ; Ch. MAUGÛÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative – l'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 36 ; L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 171 ; J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales, Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 345 ; J. PETIT, « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 20 ; V. SAINT-JAMES, « les contrats locaux de sécurité », *Coll. terr.*, 2005, n° 10, p. 9.

Il en va ainsi tout d'abord concernant les relations entre personnes privées. Nombreuses sont en effet les situations dans lesquelles des actes ne recouvrent que partiellement les éléments caractéristiques des contrats³⁵. Mais une telle observation s'avère également juste au-delà du seul droit français. Par exemple, des auteurs ont pu relever l'existence de telles manifestations dans d'autres États, en particulier ceux ayant reconnu très tôt une autonomie au profit des collectivités territoriales³⁶. Certaines pratiques se rapprochent de l'expérience française tandis que d'autres, comme celles que l'on observe en droit anglais³⁷, s'en distinguent. Cela ne signifie pas toutefois que les préoccupations des acteurs juridiques ne soient pas semblables³⁸. Il faut également mentionner l'existence de conventions signées au sein de l'administration de l'Union européenne. Un auteur écrit à ce propos, « de même que le contrat constitue, dans les États membres, un instrument privilégié de la décentralisation territoriale, de même il apparaît particulièrement adapté à l'exécution décentralisée du droit communautaire, dans la mesure où il assure une collaboration des différents niveaux, nationaux et communautaire, d'un système administratif moins organisé de façon hiérarchique qu'en réseau »³⁹. Bien qu'il ne soit pas possible d'analyser toutes ces conventions pour les confronter aux pratiques nationales, on doit au moins en relever l'existence.

³⁵ V. pour une approche générale, sur ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, t. 13, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009. V. pour quelques illustrations spécifiques, P. BAILLY, « La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi », *GP*, 14 août 2007 (n° 226), doct., p. 2432 ; P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 635 ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004, p. 101 ; D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Économica, coll. « Études juridiques », t. 14, 2001 ; Cl. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », *RJJ*, 2009-1, n° 126, p. 93 ; Cl. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », *RJJ*, 2009-1, n° 126, p. 107.

³⁶ V. par ex., M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, coll. « Thémis », 2006, p. 297 ; G. MARCOU, « Introduction », in G. MARCOU, F. RANGEON et J.-L. THIÉBAULT (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », pp. 18-26. Sur ce point, cet auteur souligne que les États d'Amérique du Nord sont assez peu touchés par ces pratiques (*ibid.*, p. 9). V. surtout dans cet ouvrage les contributions portant sur les expériences faites aux Pays-Bas (H. DE BRUIJN, M. VON EETEN et E. TEN HEUVELHOF, *ibid.*, p. 347) ; en Belgique (Ph. DE BRUYCKER et Ph. LAVAUX, *ibid.*, p. 301 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 93) ; en Italie (P. SABBIONI, *ibid.*, p. 317).

³⁷ S. HALL et J. MAWSON, « Politique de la ville et « quasi-contrats » en Angleterre », in G. MARCOU, F. RANGEON et J.-L. THIÉBAULT (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 385.

³⁸ P. BIRKINSHAW, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *RFDA*, 2006, p. 1015 ; A. C. L. DAVIES, « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA*, 2006, p. 1039.

³⁹ D. RITLENG, « Les contrats de l'administration communautaire », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 148-149.

Ajoutons enfin que les rapports internationaux sont eux-aussi propices à l'utilisation de moyens faiblement normatifs. Évoquant des instruments concertés non-contractuels, MM. Combacau et Sur estiment ainsi que « le développement de cette pratique illustre la flexibilité du droit international, et la difficulté de le saisir par des catégories juridiques rigides. Les juristes peuvent le déplorer, et chercher à exclure de leur domaine ce qui ne correspond pas à leurs cadres, ou à l'inverse tenter de rattacher l'inconnu au connu, en assimilant des développements inusités à des formes anciennes »⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État relève que les recommandations du comité des ministres, « même en l'absence de force contraignante, peuvent constituer dans certains cas, ce que les anglo-saxons appellent de la « *soft law* », en français du « droit mou », et produire des effets directs en droit international public »⁴¹. Plus spécifiquement, le législateur a prévu la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de « conclure des conventions avec les autorités locales étrangères pour mener des actions de coopération ou d'aide au développement »⁴². Cette faculté traduit une diversification des procédés conventionnels qui existe bien au-delà des stricts rapports entre administrations françaises. Des références à tous ces phénomènes seront nécessaires au cours de cette étude tant il est vrai que ceux-ci influencent les pratiques internes. Toutefois, le matériau principal de la présente thèse sera constitué des relations entre personnes publiques françaises. Bien que n'épuisant pas le sujet traité, elles paraissent suffisamment révélatrices et nombreuses pour être l'objet d'une recherche théorique. Cela est au demeurant confirmé par l'intérêt que leur manifeste la doctrine administrative.

⁴⁰ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^{ème} éd., 2008, p. 88. V. aussi sur le « droit mou », D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, coll. « études internationales », 9^{ème} éd., 2007, pp. 195-207 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, pp. 422-431, spéc. p. 428 : « cet attrait s'explique par la souplesse de ces instruments, bien adaptés aux conditions mouvantes de la vie internationale – tout spécialement en matière économique – et, dans certains cas au moins, par le souci des responsables de la politique extérieure, d'échapper aux contraintes constitutionnelles en matière de traités ». V. plus spéc., M. A. MEKOUAR, « Deux avancées récentes en droit international de la montagne : un partenariat et une convention », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1111.

⁴¹ CE, Rapport public, *sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57, 2006, p. 245.

⁴² Art. L. 1115-1 du Code général des collectivités territoriales (rédaction issue de la loi n° 2007-147, JORF, 6 févr. 2007, p. 2160). V. plus anc., B. DOLEZ, *Coopération décentralisée et souveraineté de l'État. Contribution à l'étude du régime juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales*, th. Lille II, 1993, p. 292.

§2. Une préoccupation grandissante dans la doctrine administrative

12. Pour reprendre une formule de Jean Rivero, les conventions d'administration sont loin d'être l'une de ces « terres sous-explorées de la réalité administrative »⁴³. De nombreux auteurs ont déjà souligné l'essor des procédés conventionnels au sein de l'action publique. Qu'il s'agisse de remarquer leur quantité, d'identifier leurs fonctions ou encore de s'interroger sur leur nature, la doctrine montre même un intérêt grandissant pour ces phénomènes. Aussi ne fait-il guère de doute que la « recherche de l'authenticité ou de la vérité contractuelle est l'affaire d'un travail doctrinal permanent »⁴⁴. Toutefois, la plupart des études procèdent d'une analyse relevant des « sciences pratiques de l'administration »⁴⁵. C'est surtout dans une optique de science administrative qu'ont été examinés jusqu'alors ces instruments originaux. Pertinentes, ces analyses n'empêchent assurément pas de proposer une lecture juridique du phénomène conventionnel ; elle la rend plus nécessaire encore.

13. La doctrine de science administrative exerce une emprise indéniable sur l'étude des procédés contractuels. Analyse sociale appliquée à l'administration, elle vise à l'établissement de lois de fonctionnement. Au vu de ses buts, elle semble donc appropriée pour la compréhension des évolutions touchant aux actions conventionnelles. Ces dernières traduisent une métamorphose de la gouvernance publique et sont sous-tendues par des politiques de management qui ne sont pas étrangères aux personnes privées. À ce titre au moins, elles sont révélatrices de la « post-modernité juridique »⁴⁶. Et cela explique le fait que ces phénomènes suscitent de nombreux travaux liés aux transformations de l'administration. Ils constituent des matériaux particulièrement propices à cette doctrine dont les grilles d'analyse sont précisément renouvelées par le « paradigme de l'action publique [qui] conduit à ré-agencer et à ré-ordonner ses différents éléments constitutifs »⁴⁷.

⁴³ J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 155.

⁴⁴ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, p. 199.

⁴⁵ J. CAILLOSSE, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA*, 2003, p. 881.

⁴⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2^{ème} éd., 2004, p. 121.

⁴⁷ J. CHEVALLIER, « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, pp. 267-292.

À partir de ce cadre, les approches choisies par les auteurs sont variées. Ainsi peuvent-elles consister en des réflexions sur la part de négociation et de contrainte lors de l'élaboration des actes⁴⁸. Parfois, elles visent à mesurer l'équité attachée à ces actions⁴⁹, ou y perçoivent un facteur de « régulation »⁵⁰, de rationalisation de l'administration⁵¹. Les auteurs se livrent dans ces cas à un questionnement sur la légitimité du recours aux actions conventionnelles. Il s'agit d'effectuer une évaluation portant sur la modernisation des outils d'administration. En quelque sorte, on cherche à vérifier la maxime, jadis formulée par Bossuet, selon laquelle « par la douceur on expédie mieux les affaires, et on acquiert une grande gloire »⁵². Tout ceci rejoint des enjeux contemporains matérialisés en particulier par la révision générale des politiques publiques. Il est inutile de développer ces approches relatives aux pratiques conventionnelles. Les références qui viennent d'être mentionnées suffisent amplement à rendre compte de l'intérêt de la doctrine de science administrative. L'apport de ces travaux est incontestable mais semble de plus en plus souvent relayé par des recherches émanant de la doctrine juridique.

14. Nul ne saurait contester la profusion des études relatives aux contrats publics. Il serait fastidieux et inutile d'en dresser une liste exhaustive lors de ces propos introductifs. Tout au plus faut-il noter que l'attention des auteurs se porte essen-

⁴⁸ V. not., J. CAILLOSSE, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'« objectifs » », in B. Faure (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 13 ; J.-P. DUMOND et A. JOURDAIN, « L'action publique entre la planification et la contractualisation négociée : la perception des administrateurs des hôpitaux », *PMP*, 2006 (n° 2), p. 1 ; P. CROZET et F. RANGEON, « Le public dans les contrats de ville : habitant, citoyen ou client ? », *PMP*, 2006 (n° 4), p. 17 ; J.-P. GAUDIN, « Le sens du contrat dans les politiques publiques », *Esprits*, févr. 2001, p. 112 ; J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po, 2^{ème} éd., 2007 : cet auteur envisage des phénomènes qu'il regroupe sous l'appellation de « contrat d'action publique » ; E. MERLE et S. LOUIS, *Les ambiguïtés de la planification décentralisée : l'expérience des contrats de plan*, th. Amiens, 1986, p. 9 et s. ; H. ZEGHBIB, « Le contrat dans l'action publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 605.

⁴⁹ G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 55.

⁵⁰ F. FÉRAL, « Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 527.

⁵¹ J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 11 et s., spéc. p. 37 : « apparaît une nouvelle conception de l'efficacité juridique fondée, non plus sur la puissance intrinsèque de la norme, mais sur la recherche de l'adhésion des adressataires : rompant avec le mode de commandement unilatéral, abandonnant le discours de l'« ordre légal » qui ne tolérerait aucune discussion avec les assujettis, il s'agit, en multipliant les contacts avec les divers acteurs sociaux, d'accroître la pertinence des textes et de rendre plus facile leur exécution ».

⁵² J.-B. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, par F. Lachat, 1864, rééd. Dalloz, 2003, p. 78.

tiellement, dans une perspective exégétique, sur les genres⁵³ et les espèces contractuels du droit positif. Autrement dit, il s'agit la plupart du temps de s'interroger sur l'*administrativité* d'un acte⁵⁴ et sur son appartenance à telle ou telle catégorie de contrats. Les discours doctrinaux soulignent en effet, avec raison, plusieurs difficultés tenant au processus de qualification⁵⁵. Il est certain que cette opération est très délicate. On avance même parfois que toute entreprise de mise en ordre serait devenue impossible⁵⁶ tant les contrats administratifs ont « enflé »⁵⁷. En ce sens, il y a souvent tout lieu d'hésiter entre les catégories de marché public et de délégation de service public, ou encore entre cette dernière catégorie et celle de convention d'occupation du domaine public⁵⁸. Et il va sans dire que les éventuelles requalifications constituent « des symptômes de la fragilisation récente des contrats »⁵⁹. Elles affectent de

⁵³ C'est à dessein que n'est pas utilisé ici le terme de *nature* du contrat. Le plus souvent, la littérature juridique recourt à cette terminologie pour évoquer soit le fait que l'acte est contractuel, soit qu'il est administratif. Cette habitude témoigne précisément du peu d'intérêt de la doctrine pour la distinction entre les notions de contrat et de convention. Elle est révélatrice d'une perspective réduisant l'étude des contrats administratifs à leur genre ou espèce. Aussi semble-t-il préférable de n'utiliser le terme de *nature* que dans le strict cadre d'un questionnement sur le caractère contractuel ou non de l'acte, celui de *genre* pour son caractère administratif, et celui d'*espèce* pour la catégorie précise de laquelle dépend l'acte.

⁵⁴ V. s'agissant d'études générales limitant l'analyse de la nature de l'acte à son genre, G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Daloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, pp. 181-185 ; J. GREFFE et J. PETIT, « Les contrats administratifs », in J. Petit (dir.), *Droit administratif et administration*, La documentation française, 4^{ème} éd., 2008, p. 77 et s.

⁵⁵ V. déjà, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, pp. 39-57. V. pour des questions plus récentes, S. BRACONNIER, « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de service public », *CMP*, 2007, étude 10 ; G. ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), p. 189 et s. ; F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *CMP*, 2005 (n° 5), p. 12 ; Y. GAUDEMET, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », *CJEG*, 2004, p. 3 ; A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts *Decaux* », *AJDA*, 2006, p. 120 ; M. UBAUD-BERGERON, « La qualification juridique des contrats administratifs face à la complexité : l'exemple des conventions d'aménagement urbain », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 257. V. plus impl., P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des « marchés publics » ? », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 228.

⁵⁶ R. DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 117. V. aussi, pour une approche privilégiant une analyse économique et pragmatique des contrats au lieu d'un raisonnement catégoriel, Ch. PREBISSY-SCHNALL, « Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique », in *Droit et économie, interférences et interactions. Mélanges M. Bazex*, Litec, 2009, p. 261 et s.

⁵⁷ Y. GAUDEMET, préf. à la thèse de H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, p. VII.

⁵⁸ V. part., CE Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Rec.*, (à paraître) ; v. aussi, X. DOMINO, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », note sous l'arrêt CE Sect., 11 juill. 2011, *M^{me} Gilles*, *AJDA*, 2011, p. 1950.

⁵⁹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 125. V. aussi, M. GUIBAL, « Les marchés publics sont et doivent demeurer... des marchés publics », *Marchés publics*, 1982 (n° 184), p. 21.

manière indéniable la sécurité des relations établies par les parties. Un certain engouement doctrinal semble donc pleinement justifié.

Au demeurant, les discours peuvent ponctuellement se prévaloir d'autres phénomènes tels que celui envisagé par certains auteurs comme une sous-catégorisation des contrats⁶⁰, sans négliger aussi l'influence du droit communautaire sur les classifications du droit interne⁶¹. Tous ces éléments rendent d'autant plus nécessaires les précisions relatives aux catégories de contrats administratifs. Bien souvent, ils ont eu pour conséquence de distraire les auteurs de l'analyse des difficultés liées à la notion de contrat. Mais il faut reconnaître que le désintérêt initial de la doctrine tenait surtout aux circonstances juridiques. En effet, on comprend que, analysant des marchés publics, des concessions de service public ou encore des contrats d'occupation du domaine public, les auteurs pouvaient légitimement se dispenser d'un examen portant sur la nature contractuelle de ces derniers. Une très forte présomption suggérait une telle attitude.

15. Pour autant, il n'est plus satisfaisant de tenir systématiquement pour acquise la qualification contractuelle et de circonscire ainsi l'analyse juridique des actes⁶². Cette habitude ne concorde pas toujours avec les pratiques administratives. Mais surtout, elle paraît aussi surprenante que regrettable lorsqu'on la compare aux développements plus fouillés sur l'acte unilatéral. Et si la littérature de droit public semble de plus en plus soucieuse de cette question, elle demeure encore trop peu développée. En dehors des travaux doctrinaux, le rapport du Conseil d'État, intitulé *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, ouvre sur ce sujet des perspectives prometteuses. La typologie y est précise et les propositions fort riches. La deuxième partie, réservée aux aspects théoriques, prête cependant à la discussion. Nombreuses sont les notions évoquées sans suffisamment de précisions pour saisir précisément la doctrine suivie par le juge. Peut-être n'est-ce pas d'ailleurs l'objectif que se sont fixés les auteurs du rapport puisqu'ils appellent les membres de

⁶⁰ V. en ce sens, O. FÉVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP*, 2008, p. 364 ; G. MOLLION, « Remarques sur une nouvelle catégorie de contrat : l'accord-cadre », *DA*, 2007, étude n° 11 ; v. aussi, F. LINDITCH, « Présentation d'une première, l'accord-cadre en matière de travaux », *JCP A*, 2007, étude n° 2008.

⁶¹ V. not., L. RICHER, « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *AJDA*, 2009, pp. 1025-1026 ; C. YANNAKOPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008.

⁶² V. not., sur cette question, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, pp. 37-38.

l'Université à la réflexion⁶³. Il reste que l'existence du rapport public pour 2008 est, en elle-même, une preuve évidente de l'intérêt du juge pour l'ensemble des procédés conventionnels, dont font partie les conventions d'administration. Cela est loin d'être anodin puisque ces actes font rarement l'objet de recours juridictionnels. Les préoccupations manifestées par le rapport n'en sont que plus significatives de l'intérêt, non seulement théorique mais aussi pratique, des conventions d'administration.

Sous-section 2 : La délimitation des conventions d'administration

16. Étape essentielle à toute étude, la délimitation des objets envisagés et des terminologies usitées implique d'effectuer un certain nombre de choix raisonnés⁶⁴. Un auteur traduit parfaitement les enjeux qui sous-tendent l'ensemble de ces propositions introductives en soulignant combien « rien n'est plus révélateur du sens profond d'une œuvre que ce qui n'y figure pas »⁶⁵. Voilà pourquoi il est capital de fractionner l'ensemble complexe formé par les actions conventionnelles ou, du moins, présentées comme telles. Cela paraît d'autant plus nécessaire dans la présente étude en raison de son ambition, laquelle consiste à tracer les contours d'une catégorie d'actes encore rarement évoquée par la doctrine. Cerner les objets étudiés (§1) et adopter les terminologies (§2) permettent alors d'estimer, d'ores et déjà, la pertinence de la démarche théorique suivie.

§1. Le choix des objets étudiés

17. Au sein de l'action administrative, de nombreuses expressions sont attachées à l'idée, plus qu'à la notion, de contrat. Il est possible de regrouper les phénomènes qu'elles désignent sous une formule volontairement floue de *procédés conventionnels*. Mais cela appelle une investigation plus poussée afin d'isoler les actes sur

⁶³ V. par ex., F. TIBERGHIEU, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », *AJDA*, 2008, p. 1229 : « pour conduire aujourd'hui l'action publique, les collectivités ont besoin d'actes qui enregistrent des intentions, voire des indicateurs, mais ne sont pas des contrats au sens traditionnel. Nous lançons aussi un appel clair à la doctrine pour nous aider à théoriser cette question » (nous soulignons).

⁶⁴ V. part., G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 40 et s.

⁶⁵ N. CASTOLDI, « Variations bergsoniennes sur l'idée de droit », *APD*, 2009, p. 333 : « Car l'absence d'une notion, d'un thème ou d'un problème traduit elle aussi une décision philosophique, celle de considérer insignifiante pour la réflexion la prise en compte d'une question déterminée. En ce sens, les absences d'un texte ne sont pas des lacunes, mais bien des refus, qui peuvent et doivent être analysés, au même titre que ce que l'œuvre peut dire, plus ou moins explicitement ».

lesquels portera la présente thèse. En effet, on ne cherchera pas à rendre compte de l'ensemble de ces pratiques. Seule une partie de ces moyens sera analysée eu égard à son originalité par rapport à la notion de contrat. L'identification des objets visés par cette étude suggère alors de procéder en deux temps. Il s'agit d'abord d'exclure du champ matériel tous les actes qui n'en relèvent manifestement pas. Seulement ensuite, on tentera de donner un premier aperçu des instruments concernés sans pouvoir cependant fixer avec précision les limites de l'étude. C'est en effet précisément un but qui ne pourra être atteint qu'au terme de cette recherche.

18. En premier lieu, il est possible de raisonner par soustraction. Bien qu'ils semblent, à divers titres, proches des conventions d'administration, plusieurs phénomènes doivent être écartés. Tel est le cas en particulier des quasi-contrats. Leur dénomination donne à penser que ces « presque-contrats » pourraient être des conventions inachevées, dépourvues de stipulations obligatoires. Certes, il n'en est rien mais ce sentiment est malgré tout entretenu par l'ambiguïté des discours juridiques⁶⁶. Par exemple, cette expression a été utilisée, avec maladresse, pour caractériser certains actes d'exécution du Plan. Sans doute, ainsi que le soulignait André de Laubadère, « en préférant prudemment l'appellation « quasi-contrat » à celle de contrat d'exécution du Plan, les pouvoirs publics [...] ont laissé entendre qu'ils n'étaient pas très certains que les engagements insérés dans ces accords fussent, suffisamment précis et fermes pour mériter la qualification contractuelle pure et simple »⁶⁷. Il reste que ce choix était regrettable car il créait une confusion avec la signification couramment donnée en droit à la notion de quasi-contrat⁶⁸. Jugée « artificielle »⁶⁹ par Marcel Waline, elle a fait, il est vrai, l'objet de nombreuses discussions⁷⁰. Relayer ici l'ensemble de ces critiques serait superflu. Il suffira de noter que les quasi-contrats connaissent des applications en droit administratif et répondent à une définition habituellement admise. Aux termes de l'article 1371 du Code civil, il s'agit des « faits

⁶⁶ V. par ex., Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 6.

⁶⁷ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 465.

⁶⁸ V. not., F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 365 et s. ; J. RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 831 ; M. VASSEUR, « Le nouvel essor du concept contractuel », *RTDciv.*, 1964, p. 35 et s.

⁶⁹ M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, t. 1, p. 435.

⁷⁰ V. not., F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, coll. « Droit public », 1995, pp. 1-6 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, pp. 559-567 ; v. aussi, plus anciennement, H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, th., Cadoret, 1912.

purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »⁷¹. À la lecture de cette disposition, on perçoit sans difficulté que les quasi-contrats supposent toujours la production d'obligations juridiques. Or les objets concernés par la présente thèse ont précisément pour originalité de n'imposer aucun comportement à leurs destinataires. Dans cette mesure, il convient d'exclure les quasi-contrats de l'analyse.

De ce choix se déduisent d'autres exclusions. Il est évident que, pour le même motif, les véritables contrats, parmi lesquels les « accords-cadres »⁷², ne constitueront pas l'objet de cette recherche. Néanmoins, un effort de distinction obligera à renvoyer constamment à la notion de contrat car les conventions d'administration donnent souvent l'illusion de remplir tous les critères pour revêtir la qualification contractuelle. Ces actes ambigus en revêtent les apparences mais n'en produisent pas pleinement les effets juridiques. En outre, ils ne se situent pas non plus, dans la classification des actes, à mi-chemin entre les actes unilatéraux et contractuels : ils sont aux antipodes des premiers et à la périphérie des seconds. Il ne s'agira donc pas d'effectuer une nouvelle analyse des actes perçus comme mixtes. En tous les cas, ces différentes exclusions appelleront des précisions au cours de ce travail.

19. En second lieu, il convient de fournir un certain nombre d'indications sur les objets étudiés puis d'en donner quelques illustrations. La sélection des instruments envisagés s'est opérée au moyen de deux conditions cumulatives. D'abord, elle a pris en compte les actes dont plusieurs éléments faisaient naître le sentiment légitime qu'il s'agissait bien de manifestations d'ordre conventionnel. Ensuite, elle s'est précisée en examinant le contenu des stipulations. Lorsqu'aucune obligation juridique n'en résultait, ou qu'un doute sérieux se présentait, les actes ont été retenus pour nourrir la réflexion. Une fois cette grille de sélection adoptée, encore fallait-il vérifier que la quantité et la qualité des objets pouvant être choisis soient suffisamment significatives pour accomplir cette recherche. Il semble que tel soit le cas. Répondent en effet à ces conditions des actes nombreux et variés. Sans souci d'exhaustivité, citons notamment les contrats de plan, auxquels se sont substitués les contrats de projets, les contrats de pays, de programme, d'objectifs et de moyens, d'objectifs et de performance, locaux de sécurité, d'agglomération, ou encore les conventions d'objectifs et de gestion, et celles dites d'utilité sociale. La plupart de ces actes bénéficient d'une politique de communication assurée efficacement par les

⁷¹ Art. 1371 du Code civil.

⁷² Art. 1^{er} du Code des marchés publics.

pouvoirs publics. Ainsi sont-ils assez bien connus. Mais il existe de multiples instruments présentant des caractères similaires au niveau local ou au sein même de l'administration. Tel est le cas, par exemple, des contrats de développement territorial, de paysage, d'objectifs territorialisés, ou territoriaux de développement durable. On le constate, le matériau sur lequel repose la présente thèse paraît suffisant pour effectuer une analyse pertinente.

20. Après ce bref aperçu, il peut paraître illusoire de chercher à regrouper sous une même notion des actes si divers. Comme pour les contrats administratifs, « toute démarche théorique apparaît comme condamnée à l'avance, faute d'une réelle unité de la matière concernée »⁷³. Pour autant, il semble envisageable de relever, au terme d'une comparaison systématique avec la catégorie des contrats, des éléments suffisants pour montrer, à la fois, la spécificité et l'unité d'une autre catégorie d'actes conventionnels.

§2. Le choix des terminologies usitées

21. Au sein du langage des acteurs juridiques, de multiples expressions renvoient à l'idée de contrat sans qu'il soit toujours possible d'identifier facilement la nature du phénomène visé. Comme le soulignait Georges Péquignot, « la vie juridique [...] a vu éclore une floraison d'actes que les juristes, ne sachant quel nom leur donner, ni à quelle famille les rattacher, ont baptisés contrats »⁷⁴. Or cette qualification par défaut provoque de nombreuses complications. Elle ne sert pas, en effet, à déterminer l'application d'un régime juridique et se résume à des préoccupations d'ordre politique, voire esthétique. Voilà pourquoi il faut se méfier et parfois s'affranchir des dénominations retenues par les parties. Celles-ci ne correspondent pas toujours aux prescriptions du droit positif. Et le terme *contrat* semble tout particulièrement se prêter à des emplois abusifs.

22. Pour proposer une analyse du droit positif, il est loisible à chaque auteur de choisir des terminologies originales. Sans doute une préoccupation tenant à la clarté des développements incite-t-elle la doctrine à adopter les vocables usuels, ceux utilisés par l'administration et le juge et contenus dans une source du droit⁷⁵. Mais ce

⁷³ Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 321. V. surtout, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, pp. 33-35.

⁷⁴ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 16.

⁷⁵ Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 26.

n'est là qu'une possibilité. Dans certaines situations, il est préférable de retenir des expressions différentes du droit positif pour traduire une conception divergente des phénomènes juridiques⁷⁶. Cette faculté est parfaitement soulignée par M. Tusseau lorsqu'il estime que « la doctrine est totalement libre de bâtir les catégories qu'elle souhaite afin de rendre compte de celles du droit positif. Quand bien même ces diverses catégories seraient nommées par le même terme, elles n'en demeureraient pas moins indépendantes sur le plan logique, puisque relevant de deux niveaux de langage hermétiques. *La doctrine n'est jamais, sur le plan conceptuel, subordonnée au langage des acteurs du droit, sinon, sur un plan strictement utilitaire, par la volonté de rendre compte de manière intuitive de son objet* »⁷⁷. Cette assertion est juste dans la mesure où M. Tusseau présente deux niveaux de discours différents. Elle suggère *a contrario* qu'il revient aux auteurs de critiquer la coexistence dans un même niveau de langage de plusieurs noms pour désigner un même concept ou, à l'inverse, d'une seule terminologie pour désigner plusieurs concepts. Il s'agit là d'une exigence élémentaire liée à la cohérence de chaque discours. En outre, l'adoption d'une terminologie spécifique pour désigner un ensemble de manifestations juridiques rend compte d'une certaine ambition doctrinale dépassant la seule logique. Puisque « loin d'être totalement innocente et purement méthodologique, l'erreur de perspective consistant à ne pas distinguer le droit du discours sur le droit illustre la conception d'une doctrine trop passive et asservie au droit positif »⁷⁸. De ce point de vue, il est manifeste que la classification théorique des actes conventionnels se prête tout particulièrement à l'adoption de concepts propres à la doctrine censés permettre une systématisation des phénomènes juridiques⁷⁹.

23. Une fois admise cette liberté terminologique, l'expression de convention d'administration apparaît la plus significative dans la mesure où elle renvoie aux actes envisagés à la fois comme *instrumentum* et *negocium*. En d'autres termes, cette formule met en exergue la nature conventionnelle des procédés étudiés, par opposition à la catégorie des actes unilatéraux, tout en présentant l'intérêt d'écarter

⁷⁶ *Ibid.*, p. 26 : « tous les concepts utilisés par le juriste ne proviennent pas de ces sources du droit positif, des textes ; certains concepts sont élaborés par lui, et les mots correspondants choisis par lui dans son travail de connaissance systématique du droit, aux fins de l'analyse ou de la théorie du droit » (précisons que l'auteur entend ici « juriste » comme celui qui pratique la science du droit).

⁷⁷ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, p. 654 (nous soulignons).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 655.

⁷⁹ Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 29.

l'appellation de contrat. Elle donne également des indications, utiles mais imprécises, sur le contenu des actes. Il s'agit bien, en effet, de moyens participant à la fonction d'administrer entendue au sens large. Voulant insister sur ce double aspect, la terminologie de convention d'administration a finalement été retenue après que d'autres furent envisagées. Ont ainsi été écartées les qualifications de *quasi-contrat*⁸⁰, de *pseudo-contrat* ou de « contrat d'administration conjointe »⁸¹ que l'on retrouve parfois dans la littérature juridique. Les motifs de ces exclusions sont assez simples. D'un côté, elles visent à éviter les risques de confusion avec des phénomènes juridiques existants. Tel est le cas de l'appellation de quasi-contrat. On l'a rappelé, cette dernière a déjà été empruntée, de façon discutable, pour désigner les « quasi-contrats du plan »⁸². Mais surtout elle caractérise une situation qui, malgré sa marginalité en matière administrative, est aujourd'hui assez bien identifiée. D'un autre côté, ces exclusions manifestent le souci de ne pas faire usage d'expressions liées à la notion de contrat. Cela apparaîtrait comme une complication inutile et ne participerait pas au processus nécessaire « d'enrichissement de la langue juridique »⁸³.

24. Bien qu'elle semble appropriée, l'expression choisie pourrait induire en erreur eu égard aux nombreuses acceptions du terme convention. Ces dernières sont cependant totalement étrangères au sujet traité. Il convient de rappeler les principales d'entre-elles afin d'éviter de possibles confusions. D'une part, la convention est parfois utilisée dans une acception organique. Elle désigne alors une entité ou une institution. Songeons à cet égard à la période révolutionnaire durant laquelle le nom de *Convention* fut donné à l'assemblée exerçant tous les attributs de la souveraineté et dont le premier acte consista à abolir la royauté par le décret des 21 et 22 septembre 1792⁸⁴. D'autre part, ce terme peut aussi recouvrir un sens matériel, qui est une source plus évidente encore de confusions. Il sert assez fréquemment à viser des principes ou des règles, écrits ou non. Tel est le cas de ce que la doctrine publiciste, influencée par la littérature anglophone⁸⁵, nomme les *conventions de la Constitu-*

⁸⁰ V. par ex., M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, th., LGDJ, coll. « BDP » , t. 411, 2004, p. 667.

⁸¹ Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 550.

⁸² V. *supra*, n° 18.

⁸³ J.-J. BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, 1988 (n° 7), p. 22.

⁸⁴ V. S. RIALS, *Textes constitutionnels français*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 23^{ème} éd., 2010. V. part., sur cet aspect, F. FURET et D. RICHEL, *La révolution française*, Fayard, 1973, spéc. pp. 175-178.

⁸⁵ V. not., sur les difficultés que posent ces conventions sur le plan des fondements du droit, H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, pp. 129-130.

tion⁸⁶. Celles-ci peuvent être définies comme « un ensemble de pratiques qui règlent le comportement et les devoirs des pouvoirs publics. Ces pratiques ne sont pas définies par un texte mais résultent de précédents, d'usages, d'accords informels considérés comme obligatoires, bien qu'il n'existe pas de sanction juridique, notamment juridictionnelle, à la violation des règles coutumières jusque là acceptées »⁸⁷. Enfin, une dernière ambiguïté peut naître d'une doctrine conventionnaliste qui vise, pour en donner une idée générale, à représenter les pratiques et traditions du droit au moyen de *conventions juridiques*⁸⁸. Il s'agit donc d'une utilisation distincte des deux précédentes dans la mesure où elle se fait au niveau d'un métalangage. Permettant de concevoir le droit positif, le recours à ce concept n'a qu'une portée purement explicative. Parmi les trois significations relevées, aucune n'a donc de lien direct avec le sens qui sera attaché au terme convention dans les développements suivants. Il s'agira toujours de désigner, par ce vocable, un acte plurilatéral générant certains effets de droit.

25. Au terme de ces développements, le choix terminologique paraît ainsi suffisamment motivé. Il peut au surplus se prévaloir de plusieurs précédents. André de Laubadère a notamment recouru à l'expression de « convention d'administration économique »⁸⁹ pour désigner des instruments originaux visant à obtenir des parties des comportements déterminés. Les termes choisis dans cet ouvrage traduisaient indéniablement les doutes de l'auteur envers la nature contractuelle des procédés utilisés en ce domaine. Cela explique aussi les précautions prises par André de Laubadère lorsqu'il fait usage des formules de « contrats économiques »⁹⁰ ou « contrat

⁸⁶ V. part., P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, PUF, 1997 ; Y. MÉNY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, 1989 (n° 50), p. 53.

⁸⁷ Y. MÉNY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, 1989 (n° 50), p. 54 ; v. aussi, P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 2009, p. 33 : il s'agit d'une « règle non écrite précisant l'exercice de pouvoirs juridiques », en Grande-Bretagne, « la sanction de cette règle est exclusivement politique : les conventions de la Constitution ont permis l'avènement du régime parlementaire sans modification du cadre juridique du royaume » ; « par analogie, le terme de « convention » peut être appliqué à certaines pratiques constantes mais dépourvue de bases textuelles, comme le furent les « questions au gouvernement » jusqu'en 1995, ou allant au-delà du texte, comme la responsabilité politique du Premier ministre devant le président de la République (hors cohabitation) ».

⁸⁸ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. *Law's empire*, 1986, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, p. 135 et s.

⁸⁹ A. de LAUBADÈRE, *Droit public économique*, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 1976, p. 435 et s. V. aussi, J. MOREAU, « Les contrats de plan État-région », *AJDA*, 1989, p. 737.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 435 et s. ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 402-438 ; v. aussi, pour l'utilisation de cette expression, Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, pp. 361-363.

d'administration »⁹¹. Pour appuyer le choix terminologique, mentionnons encore d'autres expressions utilisées dans une perspective semblable. Comptent parmi celles-ci la dénomination de « contrat à objet d'administration »⁹² ou même celle de « convention de police »⁹³. Enfin, au cours de la réalisation de cette recherche, M. Truchet a retenu l'expression de « convention d'administration » afin de désigner « les mesures d'orientation qui résultent d'un accord de volonté »⁹⁴. La perspective adoptée dans ces lignes est certes proche de l'hypothèse qui fonde la présente étude. Cette proposition doctrinale appelle malgré tout de nombreuses précisions et suscite la discussion. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces références conforte les choix terminologiques effectués pour opérer une recherche sur certains procédés conventionnels, laquelle recouvre une utilité manifeste.

Section 2 : La justification de l'utilité de la recherche

26. Dans son rapport public pour 2008, le Conseil d'État se montre favorable à la « reconnaissance de la valeur juridique de certaines des conventions signées par l'État et propose de les assortir, si possible d'une sanction, pour mieux inciter à leur respect »⁹⁵. Par cette affirmation, il s'agit bien de traduire l'utilité que pourrait avoir l'élaboration d'une notion voisine de celle de contrat. Les pistes de réflexion évoquées par cet ouvrage sont, à cet égard, tout à fait intéressantes. Toutefois, il n'appartenait pas aux auteurs du rapport, c'est du moins le sentiment que laisse leurs travaux, de mettre en exergue l'ensemble des enjeux que recouvre l'usage, et plus encore l'étude, des procédés conventionnels. Il est possible d'en donner une vue plus précise sur deux plans. En premier lieu, les difficultés pour concevoir et organiser les actions conventionnelles résultent à l'évidence de plusieurs carences théoriques (Sous-section 1). Ces dernières expliquent le décalage qui se creuse aujourd'hui entre les instruments dont les administrations font usage et les outils conceptuels. En second lieu, sur un plan pratique, les acteurs expriment visiblement des besoins auxquels ne satisfait pas l'état actuel du droit (Sous-section 2). Tout ceci justifie pleinement qu'une recherche soit entreprise sur ce thème.

⁹¹ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 462.

⁹² L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 537 et s.

⁹³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 146, 1984, t. 2, pp. 759-761.

⁹⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « thémis », 2^{ème} éd., 2009, pp. 289-293.

⁹⁵ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 230.

Sous-section 1 : Les carences théoriques

27. De toute évidence, la classification des actes juridiques ne correspond plus assez précisément aux pratiques administratives. Admettre cela ne revient pas à postuler que le droit est toujours tributaire de l'évolution des faits. Les rapports entre ces deux éléments sont sans doute bien plus complexes. À cet égard, on reconnaît traditionnellement qu'ils se nourrissent l'un et l'autre de façon mutuelle⁹⁶. Pour autant, il existe aujourd'hui un écart trop important entre la pauvreté de la classification des conventions, laquelle se limite aux énoncés normatifs, et le développement de pratiques dont on peut penser qu'elles sont d'ordre conventionnel bien qu'elles ne produisent aucune norme, de façon directe au moins. Il conviendrait, tout à la fois, de rapprocher les notions juridiques des faits et d'encadrer les seconds par les premières. Car, ainsi que l'écrivait Charles Eisenmann, « il ne faut pas renoncer à classer ce qui est nouveau, mais modifier le système de classification de façon à lui faire place »⁹⁷. Pour cela, deux thèses méritent d'être écartées. Elles forment des écueils et sont le signe d'une carence théorique⁹⁸. L'une invite à chasser les actes étudiés de la sphère juridique (§1), l'autre conduit à toujours qualifier ces actes de contrats (§2).

§1. La thèse des actes non juridiques

28. À juste titre, la plupart des auteurs soulignent la place grandissante occupée par des actes qui revêtent les apparences du contrat. Ils mettent en exergue le fait que l'utilisation de ces procédés ne constitue « qu'une référence vague, une image qui traduit des mutations majeurs de notre société : le recours au droit négot-

⁹⁶ V. part., J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, pp. 311-328 ; v. plus généralement sur la question, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999 : si l'auteur distingue le droit de la morale (pp. 73-74), les rapports entre le droit et le fait sont moins nets (p. 193 et s.) ; v. aussi, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 75-77 ; H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 20 et s. ; Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 263, 2009.

⁹⁷ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 643.

⁹⁸ V. not., à rapp., R. DRAGO, « Les politiques publiques contractuelles », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995 (n° 3), p. 290. V. aussi, les préoccupations exprimées naguère par le rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, F. TIBERGHIEU, « Le contrat en droit administratif », *D.*, 2008, p. 1192 : « il revient maintenant à la doctrine d'éclairer, par ses analyses l'œuvre du législateur et du juge, en particulier en ce qui concerne les concepts et la terminologie contractuelle et les grands principes communs au droit des contrats ». V. auparavant, sur les actes de coadministration, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 68 : « les accords administratifs mériteraient d'être étudiés plus qu'ils ne l'ont été jusqu'à présent, seulement les documents de jurisprudence manquent parce que les accords ont donné lieu à très peu de difficultés contentieuses ».

cié à la place du droit imposé, à l'auto-régulation plutôt qu'à la réglementation »⁹⁹. Sans doute faut-il souscrire à l'impression exprimée par la doctrine. En revanche, il arrive trop souvent que les discours prennent appui sur cette observation pour conclure au caractère non juridique des phénomènes visés¹⁰⁰. Ne pouvant identifier les éléments caractéristiques des contrats, il pourrait sembler légitime que les ouvrages généraux en écartent l'examen. Rien ne permet cependant de déduire de la nature non contractuelle d'un acte, qui ne pourrait pas non plus être qualifié d'acte unilatéral, son exclusion des moyens du droit. Ce raisonnement est trop hâtif et repose sur des bases peu assurées. Une perception plus large des rapports juridiques mérite d'être retenue. En ce sens, un auteur note que « bien des accords de volontés ne sont pas des contrats. Ils peuvent être malgré tout des actes juridiques »¹⁰¹. Et, pour illustrer cette idée, cette étude renvoie explicitement aux contrats de plan. Une telle approche semble pertinente à deux égards au moins.

29. D'une part, la thèse des actes non juridiques constitue une forme de renoncement de la doctrine dont les effets pratiques s'avèrent néfastes. Outre l'absence de clarification, que requièrent pourtant les actions conventionnelles, un tel choix est insatisfaisant compte tenu des garanties de sécurité dont devrait bénéficier toute convention. Par exemple, il n'est pas acceptable qu'une partie, dupée par une dénomination trompeuse, estime avoir signé un contrat auquel le juge n'attache en vérité aucune conséquence juridique. Un sort identique à celui des protocoles d'accord est alors réservé à un tel instrument. Pour le Conseil d'État, il s'analyse « comme un exposé des intentions et orientations [...] dépourvu de valeur juridique et de force contraignante »¹⁰². Il ne s'agit pas ici de discuter l'interprétation retenue. Elle s'explique de diverses manières. On cherche plutôt à attirer l'attention sur un certain nombre de difficultés tenant à la prévisibilité de la qualification juridique. Si

⁹⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, p. 66.

¹⁰⁰ V. not., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), spéc. p. 18. V. sur ce point, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 460-468 ; E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 100 et s., spéc. p. 101 : « s'il [le juge] qualifie l'engagement de contrat, des règles juridiques précises et connues pourront s'appliquer ; dans le cas inverse, l'accord risque de rester en dehors du droit et relèvera de ce que l'on pourrait appeler la coopération informelle ». Il est arrivé au contraire que l'on attache des effets de droit à certaines manifestations qui semblent *a priori* éloignées des considérations proprement juridiques, v. par ex., E.-H. PERREAU, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ.*, 1914, p. 481.

¹⁰¹ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 228.

¹⁰² CE, 27 juin 1997, *Fédération syndicaliste force ouvrière de la police nationale*, req. n° 170867.

celle-ci n'est pas déterminée originellement, elle devrait, dans un système convenable, être au moins déterminable. À défaut, une partie peut éventuellement se trouver démunie face au manque de droiture de son partenaire.

30. D'autre part, la thèse des actes non juridiques met au jour une incohérence au sein de la classification des actes administratifs. Cela ressort de la reconnaissance d'énoncés juridiques non normatifs, laquelle semble bien admise au sujet des actes unilatéraux. En attestent spécifiquement les travaux portant sur le phénomène de régulation juridique¹⁰³. Mais il existe depuis fort longtemps des actions unilatérales qui ne contraignent pas leurs destinataires. On songe bien sûr aux circulaires administratives à propos desquelles le juge a rappelé que, dépourvues de dispositions impératives, elles servent en principe à l'interprétation des lois et règlements par une autorité administrative¹⁰⁴. Il faut y ajouter tout particulièrement ici les directives, systématisées par la jurisprudence *Crédit foncier de France*¹⁰⁵. En somme, le juge administratif a élaboré des instruments unilatéraux spécifiques répondant aux besoins des acteurs. Il en ressort une distinction subtile, mais plutôt satisfaisante, entre les actes relevant de cette catégorie générale. Or, compte tenu de ce raffinement catégoriel, il paraît surprenant qu'une distinction similaire ne soit encore jamais née du dialogue fécond entre le juge et la doctrine s'agissant des actes conventionnels. D'aucuns pourraient trouver paradoxal qu'une telle asymétrie puisse exister entre les deux branches de la classification des actes.

31. Pour ces motifs, il serait essentiel d'intégrer certaines manifestations non contractuelles aux actes juridiques. Loin d'être cantonnées dans la sphère du non droit¹⁰⁶, elles pourraient constituer une évolution des moyens d'action. Sans doute un positivisme strict n'engage-t-il pas à formuler une telle hypothèse. Cependant,

¹⁰³ V. même si l'acception de la norme retenue dans cette étude est plus large, M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de J. Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 247 : « derrière la notion de « régulation juridique », on voudrait regrouper : l'ensemble des techniques visant à faire participer les destinataires de normes unilatérales (« molles » ou « dures ») à leur élaboration, ainsi que l'ensemble des normes unilatérales « molles », c'est-à-dire formellement non impératives et/ou non sanctionnées mais ayant vocation à être suivies ». V. plus généralement, J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001 (n° 49), p. 827.

¹⁰⁴ CE Sect., 18 déc. 2002, *Duvignières*, *Rec.*, p. 463.

¹⁰⁵ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750.

¹⁰⁶ V. not., J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 26. V. s'agissant des relations entre l'administration et les entreprises privées, L. RICHER, « L'évolution des rapports entre l'administration et les entreprises privées », *RDP*, 1981, p. 933 : « il faut se rendre à l'évidence : les relations administration-entreprises sont très largement des relations non juridiques, soit parce qu'elles s'établissent à l'encontre des normes existantes, *contra legem*, soit tout simplement parce qu'elles relèvent du non-droit, s'établissent *praeter legem* » (souligné dans le texte).

une tendance suffisamment nette se dégage de la doctrine pour reconnaître un statut à des procédés ne contenant, dans une acception étroite de ce concept, aucune norme. Cet objectif général dirigera les développements de cette étude. Ces derniers s'efforceront d'apporter des arguments supplémentaires au soutien de l'insuffisance de la thèse des actes non juridiques. Pour autant, il ne s'agira pas de proposer un rattachement systématique de tous les procédés conventionnels à la notion de contrat, comme on le fait parfois, mais à lui trouver sa propre « assiette juridique »¹⁰⁷. Entre ces deux conclusions radicales, il faut parfois ne choisir ni l'une ni l'autre.

§2. La thèse des actes contractuels

32. Il arrive souvent que des actes ne créant pas de réelles obligations juridiques soient pourtant qualifiés de contrat. Cette habitude est, elle aussi, révélatrice d'une carence d'ordre théorique. Elle traduit une perception restrictive, pour ne pas dire réductionniste, des actes conventionnels (a) et peut être reliée, plus généralement, à une perception orientée des actes administratifs (b).

a) Une perception restrictive des actes conventionnels

33. Les approches théoriques du droit pâtissent de l'absence d'une distinction nette entre les notions de contrat et de convention. Lorsque les auteurs sont confrontés à un acte plurilatéral dont les signataires sont également les destinataires, ils n'ont d'autre choix que de retenir la qualification contractuelle. En définitive, si un acte juridique ne comporte pas les éléments caractérisant les actes unilatéraux, on en déduit, sous réserve de certaines exceptions, qu'il s'agit d'un contrat. Cette déduction traduit une carence manifeste, admise d'ailleurs par la doctrine. De la littérature publiciste ne se dégage, en définitive, aucune « tendance dominante »¹⁰⁸ s'agissant de la distinction entre les actes conventionnels. Il arrive même que l'on perçoive légitimement certains risques dans le fait d'adhérer à une telle entreprise¹⁰⁹.

¹⁰⁷ On reprend ici une expression jadis utilisée au sujet du plan, v. G. BRAIBANT, « Réflexions sur les structures juridiques de la planification française », *RDC*, 1966, p. 35 ; v. aussi, M. MIAILLE, « De la nature du plan. À propos de la réforme de la planification », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Mélanges G. Péquignot*, PUM, 1984, t. 2, p. 501.

¹⁰⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 27.

¹⁰⁹ D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contrats administratifs (Contentieux des) », *RDC*, 2000, n° 5. En définitive, les auteurs retiennent la pratique commune et usent des termes de convention et de contrat de façon interchangeable. Ce choix méthodologique se comprend néanmoins parfaitement en raison du contexte de cette étude. La question n'est pas ignorée mais plutôt écartée eu égard aux difficultés qu'une distinction pourrait ajouter à un sujet déjà suffisamment technique.

34. Plusieurs tentatives ont pourtant été effectuées¹¹⁰ parmi lesquelles la plus célèbre demeure incontestablement celle de Duguit. Selon ce dernier, il conviendrait de différencier les actes plurilatéraux en trois catégories. En dehors des véritables *contrats*¹¹¹, le doyen de Bordeaux proposait tout d'abord de réserver l'appellation d'*acte collectif* aux instruments supposant le consentement de plusieurs personnes juridiques mais dont il ne résulte aucun lien d'obligation entre créancier et débiteur. Il ne s'agissait, pour cet auteur, que d'une « somme de déclarations unilatérales de volonté concordantes »¹¹². Illustreraient notamment cette catégorie juridique les modalités nécessaires pour constituer une association juridique. Duguit entendait ensuite isoler des actes désignés par le terme d'*union*. S'inspirant en particulier des travaux de Jellinek, il estimait qu'il y avait lieu de réserver un traitement spécifique à certaines *conventions* dont les effets consistent à placer une partie sous l'application d'un régime légal. Au vu de leur finalité, ces actes établissaient un simple rapport de droit objectif comme l'indique un autre qualificatif que l'on retrouve dans la doctrine duguiste : la *convention-loi*¹¹³. Ils avaient pour but de soumettre un individu à une règle préalablement déterminée par le droit positif. Nul ne conteste aujourd'hui que la classification élaborée par Duguit a, fort heureusement, été ignorée par le juge. Elle demeure toutefois assez fréquemment mentionnée dans la littérature juridique, et même rappelée par le Conseil d'État¹¹⁴. Ne serait-ce que pour ce motif, son intérêt est encore

¹¹⁰ V. not., sur la notion de *contrat économique*, Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, pp. 361-363. Dans une autre étude, cet auteur relève que le juge administratif n'était pas prêt à adopter une distinction entre les actes conventionnels eu égard à la confusion formelle et matérielle qui touche les notions de convention et de contrat, v. Ch.-L. VIER, note sous l'arrêt CE, 23 oct. 1974, *Sieur Valet et association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *AJDA*, 1975, p. 366. V. aussi, bien que ce point fasse l'objet d'une étude plus brève, J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 115 : les « nouvelles formules contractuelles se différencient en effet profondément des contrats classiques. Elles sont généralement qualifiées de conventions et non de contrats. L'expression ne doit pas être prise au pied de la lettre mais elle traduit le sentiment diffus qu'il s'agit de quelque chose de différent des contrats ordinaires ». Relevons enfin des opinions beaucoup plus surprenantes et qui appellent la plus grande circonspection, v. par ex., Annexe 1 à la décision n° 080001DAJ du 14 mars 2008 relative aux actes administratifs et contractuels du CNRS (document consulté sur le site www.dsi.cnrs.fr) : « en fait, « contrat » désigne plutôt le document et « convention » désigne plutôt le contenu du contrat, c'est-à-dire, ce à quoi les signataires se sont engagés ».

¹¹¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 384 et s.

¹¹² *Ibid.*, p. 375.

¹¹³ V. not., L. DUGUIT, « De la situation juridique du particulier faisant usage du service public », in *Mélanges M. Hauriou*, Sirey, 1929, p. 253, spéc. p. 284 : « la catégorie du contrat est trop étroite et trop rigide pour renfermer les actes et les situations qui se rattache au fonctionnement des services publics, que l'individu qui en use ne conclut point un contrat avec je ne sais quelle personne fictive, mais se place volontairement sous la loi fonctionnelle et acquiert vraiment un statut légal protégé par d'énergiques voies de droit, et avant tout par le recours pour excès de pouvoir ».

¹¹⁴ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 92 et s., p. 126, p. 216, p. 251. À cet égard, le rapport se réfère moins à la classification tripartite qu'à la distinction

bien réel. C'est pourquoi il fallait en évoquer la substance bien que cette construction soit très différente de celle proposée dans la présente thèse.

Dans une autre perspective, il est souvent arrivé que les notions de contrat et de convention soient juxtaposées au sein de la littérature publiciste. Sans proposer une argumentation juridique, Charles Eisenmann semblait ainsi percevoir une distinction lorsqu'il affirmait : « comme il y a des conventions et contrats entre particuliers, il existe des contrats ou conventions conclus entre l'Administration et des particuliers »¹¹⁵. Puisque cette affirmation n'est pas explicitée, cela laisse place à une certaine spéculation. On peut néanmoins penser que la référence faite aux relations privées renvoie indirectement aux dispositions du Code civil. Une idée divergente anime certains développements du *Traité des contrats administratifs*¹¹⁶. Là encore, une séparation est envisagée mais elle porte sur un tout autre fondement lié aux effets réglementaires générés par plusieurs conventions. On le constate donc, les inspirations doctrinales sont multiples. Elles traduisent néanmoins une préoccupation commune et, il faut bien l'admettre, un réel embarras au sein de la littérature juridique. De sorte que, malgré les efforts d'une partie de la doctrine, les termes de contrat et de convention sont, aujourd'hui encore, souvent envisagés comme des synonymes¹¹⁷.

entre convention et contrat. L'étude du Conseil travestit même partiellement la pensée de Duguít : dire que les actes dénommés contrats ne comportant aucune obligation « sont proches de ce que Duguít appelait des conventions » (p. 126) constitue une sorte d'anachronisme. Car il est inenvisageable d'insérer dans la pensée duguítiste une réflexion sur l'acte conventionnel normatif. Se référant à la racine latine du terme convention, il regroupe sous ce concept le contrat et l'union et en exclut les actes qu'il désigne comme simplement collectifs mais qui ne font pas naître un accord entre les parties. En aucune façon son analyse ne se focalise donc sur une division entre l'acte conventionnel normatif et l'acte conventionnel non normatif puisqu'il conçoit le droit comme s'épuisant dans la norme

¹¹⁵ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1982, p. 412. V. égal., J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 747.

¹¹⁶ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 41.

¹¹⁷ V. parmi beaucoup d'illustrations, P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », 2008, p. 5 ; J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, 1989, coll. « Droit fondamental », p. 257 et s ; V. not., N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFD*, 1999, p. 552 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2008, p. 257. Remarquons toutefois que cette question n'appelle souvent que peu de développements au sein de la littérature de droit administratif. Pour autant, les exemples ne sont pas isolés. Typiquement, si l'article 21 de la loi 82-610 du 15 juillet 1982 prévoit que les groupements d'intérêt public sont constitués par convention (*JORF*, 16 juillet 1982, p. 2272), son décret d'application n° 83-204 du 15 mars 1983 évoque, en son article 1^{er}, un *contrat constitutif* (*JORF*, 18 mars 1983, p. 812). À cet égard, le Conseil d'État se contente de relever qu'il « s'agit de la même réalité » au-delà des apparences terminologiques, v. CE, *Les groupements d'intérêt public*, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1997, p. 16.

Or cette absence de distinction entre les actes conventionnels de l'administration est nuisible à la compréhension de certains procédés auxquels ont recours les personnes publiques. Elle empêche pour une large part de concevoir la diversité des manifestations de droit. En somme, la grille d'analyse s'avère trop étroite au regard des évolutions tenant aux instruments d'administration. Il semble bien que la classification des actes ne corresponde plus à l'ensemble des pratiques, et en particulier aux procédés conventionnels non normatifs. C'est bien cette préoccupation que cherche à exprimer le rapport public portant sur *le contrat, mode d'action publique et de production de normes*. Non sans une certaine confusion, le Conseil d'Etat estime en effet « erroné de penser que la convention, sur un plan strictement juridique, engage moins que le contrat »¹¹⁸. Mais il souligne toutefois « le besoin d'introduire dans le droit positif et dans le langage juridique une gradation dans la valeur impérative de la norme conventionnelle »¹¹⁹. De telles opinions invitent à la réflexion. Il n'est pas certain que l'on puisse se dispenser d'une séparation franche entre les conventions d'administration et les contrats pour systématiser certaines actions. Sans doute l'idée de gradation a de quoi séduire mais elle n'interdit pas, à un niveau supérieur de la classification, une distinction franche. Ces deux approches ne sont pas incompatibles. Pour remédier à cette impasse, on peut être tenté de se reporter aux études de droit privé.

35. Une problématique similaire est posée dans la littérature de droit privé. Assez régulièrement, les auteurs s'interrogent sur la possible distinction entre les notions de convention et de contrat. Les résultats auxquels aboutissent la plupart des études s'avèrent néanmoins infructueux. Il est admis en effet que ces termes doivent généralement être tenus pour synonymes ; ils peuvent ainsi être employés l'un à la place de l'autre de manière indifférente. De sorte que l'ensemble des discours doctrinaux tendent vers une même conclusion : rien n'autorise à séparer les notions de convention et de contrat. Mais, au-delà de ce rapprochement d'ordre finaliste, il faut souligner que l'analyse des auteurs civilistes est enserrée par les dispositions du Code civil et apparaît, en ce sens, plus contrainte que celle des auteurs publicistes. Elle l'est en particulier compte tenu de la norme énoncée par l'article 1101 de ce texte. Suivant ses termes, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs per-

¹¹⁸ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 251.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 251. Par ailleurs, le rapport donne des indications sur la voie que pourrait suivre le juge administratif : « si cette distinction entre contrat et convention n'a jamais été consacrée par la doctrine et par la jurisprudence, elle conserve paradoxalement toute sa pertinence en droit administratif où l'on a recensé une grande variété de situations dans lesquelles, sans être dépourvus de toute valeur juridique, des actes ne méritent pas la qualification de contrat ».

sonnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »¹²⁰. De cette formule, les ouvrages déduisent que le contrat est, en principe, l'espèce d'un genre d'actes plus général désigné par le terme de convention¹²¹. D'où l'idée selon laquelle « toute convention n'est donc pas un contrat, mais tout contrat est une convention »¹²².

Toutefois, sur un plan concret, il est souvent admis que la distinction fournie par le Code civil s'avère peu pertinente et qu'elle « n'a plus guère d'intérêt »¹²³ ou qu'elle « n'est pas d'une importance majeure »¹²⁴. En témoignent les propos de M. Ancel selon lesquels cette séparation « est aujourd'hui complètement négligée, les auteurs modernes s'accordant à dire qu'elle ne présente aucun intérêt pratique »¹²⁵. L'ordonnancement supposé par ce texte fait l'objet d'une sorte de neutralisation, ce qui explique, pour partie du moins, la pérennité de ladite disposition¹²⁶. Quoi qu'il

¹²⁰ Art. 1101 du Code civil.

¹²¹ V. not., P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.*, 1999, p. 778 ; J. BRETHERS DE LA GRESSAYE, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, th. Bordeaux, 1921, p. 16 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 50 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., t. 1, 2010, p. 155 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, pp. 65-66 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, pp. 224-229 ; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; « obligation déterminées » et « obligation générale de prudence et de diligence » », *RTDciv.*, 1936, p. 12.

¹²² J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 50.

¹²³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p. 58.

¹²⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, p. 66. Les auteurs soulignent néanmoins quelques différences dont l'intérêt est réel et qui justifieraient une utilisation plus stricte des terminologies.

¹²⁵ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.*, 1999, p. 778. V. aussi, Ch. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008, p. 9 ; L. BOYER, « Contrats et conventions », *RDCiv.*, 1993 ; J. GHESTIN, « contrat », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 277 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les Obligations, le Contrat*, t. 3, Économica, 6^{ème} éd., 2007, p. 66 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 22 et s. ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., LGDJ, BDP, t. 411, 2004, p. 625 : « Au sens large, nous entendons ici contrat comme synonyme de convention ». V. aussi, sur l'accord doctrinal relatif à la notion de contrat, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th., Paris II, 2008, p. 44 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 16.

¹²⁶ J. MESTRE, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 236. L'article 1101 compte, selon M. Mestre, parmi ceux « qui ont manifestement bien vieilli, de sorte que leur réécriture ne s'impose absolument pas et qu'il serait même infiniment regrettable d'en altérer la belle rédaction originelle ». L'auteur précise ensuite que cet article « dit aussi sobrement que merveilleusement ce qu'est le contrat ». Cela ne signifie évidemment pas que la diversité des manifestations contractuelles ne pose pas des difficultés à la doctrine. Mais leur analyse se porte moins sur la distinction entre convention et contrat que sur la classification des contrats, et ce depuis fort longtemps, v. not., R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229.

en soit, les limites posées par l'article 1101 déploient d'importantes conséquences au sein de la doctrine de droit privé. En découlent des confusions et des difficultés évidentes pour concevoir d'autres liens juridiques d'ordre conventionnel¹²⁷. Par contre, elles ne devraient guère avoir de répercussion sur l'élaboration du droit public et, plus encore, sur les réflexions doctrinales menées dans cette matière. Dans la mesure où l'utilisation des règles du Code civil pour encadrer l'action administrative est laissée à l'appréciation des pouvoirs publics et du juge, rien n'oblige à tenir compte de la différenciation que comporte l'article 1101. En cela, les acteurs du droit administratif sont moins contraints. La doctrine publiciste est d'autant plus légitime à élaborer, le cas échéant, des concepts propres et distincts de ceux contenus dans le Code civil. Il reste ainsi à mesurer l'utilité de l'article 1101 pour envisager ensuite sa possible utilisation.

36. La différenciation issue de l'article 1101 n'est pas opératoire. En vérité, elle apparaît largement fictive car fondée sur un critère tenant à l'objet des actes. Plus précisément, il s'agit de séparer les actes conventionnels selon l'opération qui vise les droits ou les obligations des parties. Si les stipulations se limitent à créer un ou plusieurs droits et obligations, à l'égard d'un ou plusieurs signataires, la qualification retenue devrait toujours être celle de contrat. En revanche, dans l'hypothèse où des droits et obligations sont produits, transférés ou éteints, une opération rigoureuse de qualification devrait aboutir au terme de convention. Peu importent ainsi les situations, l'article 1101 du Code civil intéresse des actes dont les clauses comportent systématiquement des énoncés normatifs. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de faire jouer, en pratique, la distinction prévue par le législateur. Vouée à introduire une complication inutile, celle-ci n'emporte que peu de conséquences et est fort légitimement négligée par les acteurs du droit et la doctrine. Si elle devrait être maintenue, ne serait-ce que pour sa valeur légale et historique, l'usage la rend moins essentielle. D'où le peu d'intérêt d'une approche comparatiste qui paralyserait davantage l'analyse qu'elle ne l'enrichirait. Ceci étant dit, il ne s'agit pas de nier les apports réciproques entre les ordres juridiques ; bien au contraire. Plusieurs études se sont d'ailleurs attachées à montrer que la plupart des principes et des règles applicables aux contrats privés sont transposables aux contrats administratifs¹²⁸. Des références

¹²⁷ V. par ex., Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, th., LGDJ, BDP, t. 502, 2009, p. 29 et s. ; B. PETIT, « Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *J.-Cl. civ.*, 2005, p. 6.

¹²⁸ V. not., R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Marchés publics*, 1980 (n° 167), p. 33 ; J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 25, 1960 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981 ; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du*

assez nombreuses au droit civil seront ainsi nécessaires et utiles à l'argumentation. Il n'est pas souhaitable pour autant de se livrer à une exégèse de l'article 1101 dans le cadre de la présente étude. En fait, le seul enseignement que l'on pourrait en retirer tient dans l'imperfection d'une perception figée dans l'obligation juridique. Voilà pourquoi il semble plus aisé de postuler une séparation franche entre les notions de contrat et de convention d'administration pour la doctrine de droit public. De la confusion originelle entre les qualifications de contrat et de convention pourrait ainsi naître une distinction féconde, plus fidèle de la réalité juridique. Car, à l'heure actuelle, le flou qui règne au sein des actions conventionnelles publiques trouve un élément de compréhension dans l'inexistence d'une telle séparation binaire et d'ordre normatif. Cela suggère de recourir de manière abusive à la qualification de contrat. Trop restrictif, un tel raisonnement devrait être abandonné ce qui suppose de revenir sur une perception trop orientée des actes administratifs.

b) Une perception orientée des actes administratifs

37. Cette dialectique trouve sans doute un élément d'explication dans la place occupée autrefois par l'action unilatérale au sein du droit de la puissance publique. La prédominance des moyens de commandement était alors manifeste dans les discours doctrinaux puisque les notions d'acte administratif et d'acte unilatéral étaient tenues pour synonymes¹²⁹. Ainsi, une assimilation a toujours été, à la fois, latente et assumée au sein de la doctrine concernant ces notions. Et il est indéniable que l'étude des actes administratifs débute invariablement par les manifestations uni-

droit des contrats administratifs, th., Paris II, 2008 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 966. V. pour une illustration pratique, N. BOULOUIS, « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », *AJDA*, 2009, p. 922 : « les rapporteurs publics s'attachent toujours à aller non seulement jeter un regard, mais à étudier ce qui se passe du côté du droit privé. Cela fait partie intégrante de la méthode de travail sur un dossier ». Ce mouvement doctrinal peut être relié aux études critiquant l'idée selon laquelle le droit des contrats administratifs serait exorbitant, v. M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 128 et s. : pour l'auteur, cette exorbitance est « largement mythifiée » et apparaît « désormais résiduelle » (p. 148). V. pour un tempérament s'agissant des marchés publics, M. GUIBAL, « Les marchés publics sont et doivent demeurer... des marchés publics », *Marchés publics*, 1982 (n° 184), p. 20. V. aussi, pour un mouvement inverse, L. JOSSERAND, « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Mélanges É. Lambert*, Sirey/LGDJ, 1938, t. 3, p. 144.

¹²⁹ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 9 : « l'usage s'est généralisé, sans doute à tort, de limiter l'expression « acte administratif » à l'acte administratif unilatéral, à l'exclusion des contrats » ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 1956, p. 200 ; P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 219. V. pour des illustrations, A. MESTRE, Préf. à la thèse J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs*, th. Paris, Bernard, 1941, p. 1. En cela, on souligne souvent que la notion de contrat n'est pas « structurante » du droit public français, v. par ex., G. PELLISSIER, « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », *JCP A*, 2008 (n° 27), p. 5.

latérales auxquelles les auteurs attachent une attention principale. Cette optique imprègne aussi la jurisprudence du Conseil d'État. Des membres de la Haute Assemblée soulignent à cet égard la « défiance envers le procédé contractuel, vu comme un moyen secondaire d'acte de l'administration, qui a longtemps habité le juge administratif »¹³⁰.

Nul doute que cette perception de l'action administrative n'a pas incité à la réflexion sur la classification des actes conventionnels. Elle semble plutôt conduire les acteurs vers un raisonnement binaire simple. Celui-ci peut se résumer, de manière schématique, en ces termes : en droit public, tout acte juridique ne comportant pas les caractéristiques d'un acte unilatéral est un contrat. Bien entendu, une telle affirmation appelle d'emblée une objection tenant à l'existence de plusieurs études proposant la consécration d'une catégorie intermédiaire¹³¹. Toutefois, ces tentatives n'ont pas eu le succès escompté. Loin d'être dépourvues d'intérêts, elles sont la plupart du temps citées par les auteurs sans plus de développements. Cela traduit, au niveau de la pratique, l'utilité toute relative de la théorie des actes mixtes. Il ne s'agit pas ici d'ignorer ces travaux mais d'insister sur l'idée que la classification des actes administratifs est trop systématiquement envisagée à travers le prisme des actes unilatéraux. De sorte que, confrontée à un procédé conventionnel, l'analyse juridique se trouve limitée à trois conclusions. Selon les situations, il arrive que ledit phénomène soit tout simplement perçu comme non juridique, qualifié de contrat, voire d'acte unilatéral¹³². Cela suggère une sorte d'atrophie des catégories. Les processus de qualification semblent limités par la vision binaire de l'action publique et, surtout, par la prédominance de l'unilatéralisme.

38. D'un point de vue historique, la perception binaire de l'action administrative rend ainsi compte de la prédominance des moyens unilatéraux et puise une origine lointaine dans une tradition scolastique¹³³. À la lecture de certaines œuvres doctrinales du XIX^e siècle, on discerne l'existence d'une aversion pour le contrat en

¹³⁰ S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, Chron. sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *AJDA*, 2010, p. 142.

¹³¹ V. not., Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 103, 1971.

¹³² V. not., J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, pp. 198-199 : « le juriste procède à un tri sélectif : il range d'un côté ce qui relève du contrat proprement dit et fonctionne comme loi des parties, et met de l'autre tout ce qui n'appartient pas à cet univers, soit parce que les acteurs ont préféré s'en tenir à des rapports de coopération informels, soit parce que derrière le montage contractuel c'est un mode de décision unilatérale qui continue de s'imposer ».

¹³³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, pp. 722-734.

matière d'administration. Dominée par le principe de l'unité d'action – prônée dès les premiers temps de l'organisation administrative moderne par Bonnin¹³⁴, puis vigoureusement défendue par Vivien¹³⁵ – la défiance envers la pluralité des auteurs n'a logiquement pas favorisé l'essor des actes conventionnels. Ils sont restés des procédés secondaires dont l'étude appelait des comparaisons avec les actes unilatéraux. En attestent quelques développements ultérieurs de Jèze au sujet des « accords de volontés non contractuels »¹³⁶. Malgré la terminologie retenue, il ne s'agissait pas pour cet auteur de séparer les actes conventionnels selon qu'ils sont ou non des contrats. L'analyse se limitait à opérer un classement entre les actes unilatéraux et conventionnels. Sur ce plan, la perspective adoptée par Jèze respecte les canons de l'action publique. Ces derniers ont perduré pendant de nombreuses décennies. Ils demeurent parfois au soutien d'une approche souvent marquée par une forte idéologie liée à l'idée de puissance publique. Désormais, concevoir le droit administratif par le seul prisme de la norme unilatérale semble largement révolu. Nombreux sont les domaines dans lesquels l'acte conventionnel apparaît comme un moyen traditionnel d'administration.

39. La vision dichotomique, et quasi-hiérarchique, entre l'acte unilatéral et le contrat s'avère parfois sclérosante et empêche l'établissement d'une distinction utile. Elle pose alors plus de difficultés qu'elle ne permet d'en résoudre car l'on s'efforce de classer, selon ce carcan logique, des actions dont la nature apparaît douteuse. Il arrive dès lors qu'une qualification ne soit pas réellement satisfaisante. Et surtout, il a pu arriver qu'un auteur juge que tout nouvel effort de distinction serait vain¹³⁷. Mais une telle opinion traduisait, en l'espèce, une approche centrée sur la frontière entre le contrat et l'acte réglementaire en matière de fixation des prix. Elle était donc

¹³⁴ J.-Ch. BONNIN, *Principes d'administration publique*, t. 1, Renaudière, 3^{ème} éd., 1812, p. 229 : « administrer est le fait d'un seul ».

¹³⁵ A.-F. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, 1845, p. 31 : « l'administration est soumise à trois conditions essentielles : elle doit être prompte, énergique et responsable [...] Les pouvoirs collectifs manquent à cette triple condition. Ils délibèrent quand il faut agir. Le temps se perd en discussions ; la diversité des opinions amène des transactions et des résolutions molles. La responsabilité, se partageant entre plusieurs, ne s'arrêtant sur aucun, s'efface et disparaît » ; p. 33 : « le principe de l'unité dans l'action est donc une des bases de notre organisation administrative ». Bien que ces développements visent plus directement les inconvénients de la collégialité, ils semblent *a fortiori* transposables aux actions conventionnelles.

¹³⁶ G. JÈZE, « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », *RDP*, 1923, p. 16 et s. Cela peut être rapproché des travaux d'Hauriou, lequel mentionne dans une note, l'existence d'un « accord non contractuel », v. M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 20 janv. 1899, *Administration des pompes funèbres c/ Ville de Paris*, S., 1899, III., p. 113. V. égal., R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 23.

¹³⁷ F. MODERNE, « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *Dr. Soc.*, 1975, p. 510.

de ce point de vue parfaitement justifiée. Dans le même ordre d'idée, M. Pontier affirme qu'un « accord entre deux personnes publiques peut être un contrat, mais, le plus souvent, tel ne sera pas le cas, ces accords seront de pseudo contrats, donc des actes unilatéraux, et c'est bien la raison pour laquelle on parle de contractualisation »¹³⁸. Une pareille assertion est très révélatrice de la perception traditionnelle de la classification théorique. Enfin, et d'une façon remarquable, la théorie de l'acte mixte s'enracine dans la dichotomie classique entre les actes unilatéraux et conventionnels. Selon les termes d'Yves Madiot, « l'acte mixte apparaît [...] comme l'acte combinant des effets contractuels et des effets réglementaires »¹³⁹. Pour envisager aujourd'hui certains procédés conventionnels, il faut dépasser cette distinction élémentaire. Il ne s'agit certes pas de l'ignorer. Elle reste la séparation fondamentale entre les actes juridiques. Toutefois, il convient de cesser d'entrevoir toute nouvelle catégorie d'actes à travers cette division. D'autres approches semblent possibles au sein même des actes conventionnels. L'objet de cette étude visera ainsi à établir, dans cet ensemble, une distinction entre ce qui relève du contractuel et de l'*infra-contractuel*. Cela pourrait contribuer à pallier plusieurs carences théoriques tout en répondant à quelques exigences pratiques.

Sous-section 2 : Les exigences pratiques

40. Les moyens de l'administration évoluent irrésistiblement, que ce soit pour satisfaire des besoins nouveaux ou, de manière plus simple, pour tenir compte de l'obsolescence des outils juridiques traditionnels. Ce constat élémentaire ressort de l'évidence. Mais il faut bien en prendre conscience pour faire en sorte que les constructions théoriques revêtent une réelle utilité pratique dans la mesure où il incombe notamment à la doctrine de formuler des propositions répondant aux attentes des acteurs. Ainsi que l'écrivait Charles Eisenmann, « le droit positif se transforme ; il est donc normal que les cadres qui servent à le présenter soient modifiés eux aussi »¹⁴⁰. Cette affirmation suggère, pour le moins, de suivre les évolutions

¹³⁸ J.-M. PONTIER, « Conclusion », Colloque du 7 oct. 2010 sur « le nouveau pouvoir local. Quelles compétences pour les nouveaux territoires locaux ? », *BJCL*, 2011 (n° 1), p. 71.

¹³⁹ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 103, 1971, p. 1. Eu égard à l'approche binaire retenue, il est possible de rapprocher ces actes des « contrats de service public », v. H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 4-24. Cette distinction sert aujourd'hui encore pour analyser un certain nombre de phénomènes, v. not., L. TÉSOKA, « Les conventions entre collectivités territoriales », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, pp. 111-113.

¹⁴⁰ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 641.

concrètes mais on peut également ajouter une raison supplémentaire pour justifier les recherches théoriques. Elle tient au perfectionnement des relations juridiques par un renouvellement des appareils conceptuels. À cet égard, les pratiques modernes requièrent, selon toute vraisemblance, que soient menées des études doctrinales pour rendre plus justement compte de la spécificité de certains procédés conventionnels. Il ne serait guère satisfaisant d'en ignorer les effets et l'importance pour l'action publique tant la mode conventionnelle est associée à un rejet des techniques contractuelles traditionnelles. C'est par d'autres procédés que les personnes publiques tentent de satisfaire leurs exigences.

41. Sans qu'il soit nécessaire de trop développer cet aspect, une première nécessité est liée à l'efficacité des procédés conventionnels. Bien souvent, les administrations ne cherchent pas en signant une convention à satisfaire un besoin précis et immédiat au moyen d'obligations juridiques. Il s'agit plutôt d'orienter leurs actions respectives sur une période de plusieurs années. Cette préoccupation transparaît des stipulations de plusieurs actes. Parmi ces derniers, il est possible de prendre pour illustration le contrat d'objectifs signé entre l'État et l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail pour la période 2008-2011. Cet acte fixe, en somme, quatre orientations stratégiques et une trentaine d'objectifs à atteindre. On le constate, l'ambition qui anime les parties n'est pas d'élaborer des énoncés contraignants. Les signataires souhaitent visiblement recourir à des moyens plus souples. C'est pourquoi la qualification contractuelle paraît d'emblée inadaptée. Elle a certes le mérite de consacrer juridiquement et, surtout, de sécuriser la relation ainsi établie. Mais elle peut aussi méconnaître la flexibilité qui caractérise les stipulations. Donnant l'illusion que des obligations juridiques ont été prévues, la qualification de contrat fige la souplesse de ces actes en les soumettant, en principe, à un régime inapproprié. Ou alors, cette qualification répond, plus subtilement, à d'apparentes contraintes légales et fait l'objet d'une neutralisation par le Conseil d'État¹⁴¹. Cette politique de compromis permet ainsi au juge de respecter les exigences pratiques mais aboutit à des incertitudes touchant à la notion de contrat. Pour cette raison, elle n'est pas plus satisfaisante que la simple qualification contractuelle.

42. Un second impératif confère un intérêt à la systématisation entreprise. Il s'agit de l'exigence de stabilité des rapports entre les parties. Dès lors que l'on rejette la qualification de contrat, s'impose une réflexion sur les garanties juridiques dont

¹⁴¹ V. au sujet des contrats de plan, CE Ass., 8 janv. 1988, *Min. chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec., p. 2 ; CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, Rec., p. 415.

bénéficient les conventions d'administration. Car en excluant le régime des contrats administratifs, on prive alors les signataires de la sécurité attachée à cette catégorie. Il convient pour autant de ne pas abandonner ces actes au domaine du non-droit. Et ce d'autant plus que certains rapports, notamment parlementaires, ont souligné les déficiences liées à la stabilité des procédés envisagés eu égard à l'usage démesuré que l'on en fait¹⁴². À cela s'ajoute le fait que la nature des actes puisse évoluer dans le temps au gré des modifications textuelles¹⁴³. Pour remédier à cette situation, il est possible de mettre en exergue les avantages que pourrait présenter la notion de convention d'administration. Elle permettrait de donner un statut juridique aux procédés au vu de leurs caractéristiques et, par conséquent, de fixer des garanties minimales pour leur exécution. Ces éléments appelleront des précisions tout au long de cette thèse. Toutefois, les impératifs d'efficacité et de sécurité justifient d'ores et déjà l'intérêt d'une étude consacrée aux conventions d'administration. Ces considérations pratiques s'ajoutent aux préoccupations relatives à la théorie juridique. Envisagés dans leur ensemble, tous ces éléments ne laissent, semble-t-il, guère de doute sur le bien-fondé de la présente étude. Il reste à en fixer les choix méthodologiques.

Section 3 : L'adoption d'une méthode pour la recherche

43. Au vu de ces propos introductifs, il convient d'étudier les phénomènes visés sous l'angle théorique de la classification des actes. Ce choix méthodologique semble pleinement justifié compte tenu des objectifs poursuivis par la présente thèse. On pense en effet pouvoir attacher de nombreuses conséquences pratiques à la conception d'une seconde catégorie d'actes conventionnels attenante à celle des contrats. Celle-ci pourrait répondre à divers besoins, et ce dans des situations variées. De cette prémisse découle la nécessité de retenir une définition stipulative de la notion de convention d'administration. Un tel choix signifie que l'on ne cherchera pas à donner une simple description d'une catégorie dont les éléments seraient, en quelque sorte, préalables à l'étude¹⁴⁴. Autrement dit, la recherche n'aura pas pour

¹⁴² Cela est mentionné dans un rapport qui, de manière excessive, sous-entend que l'État et les collectivités locales se livreraient une guerre en évoquant « la pacification des relations entre l'État et les collectivités locales », v. Rapport A. LAMBERT, *Les relations entre l'État et les collectivités locales*, La Documentation française, décembre 2007, p. 23.

¹⁴³ V. par ex., au sujet des anciens contrats de plan, J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : Les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1656.

¹⁴⁴ V. part., Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 33 et s.

but de retranscrire le sens prétendument associé par l'ordonnancement positif à la notion de convention d'administration. Adopter une telle approche, ce serait méconnaître l'état du droit et dissimuler la démarche adoptée. La méthode suivie repose, en définitive, sur un postulat plus volontariste. Ainsi que l'explique M. Troper au sujet d'une autre hypothèse d'étude, « une définition stipulative est une décision, que l'on prend au commencement d'une recherche, de constituer une classe d'objets présentant tous un certain caractère. On va ainsi regrouper un certain nombre d'objets empiriques, par exemple des comportements humains ou quelques produits de ces comportements »¹⁴⁵. En conséquence, « cette démarche se justifie par un pari : si ces objets possèdent en commun une certaine propriété apparente, ils ont aussi d'autres propriétés cachées ou bien la présence de cette propriété commune a une cause ou des effets communs qu'on pourra découvrir »¹⁴⁶. C'est bien une approche semblable qui guidera cette recherche. Après une observation des pratiques administratives, on propose de rassembler plusieurs procédés d'apparence conventionnelle, même s'ils ne comportent pas toutes les caractéristiques des contrats, sous la dénomination de convention d'administration. L'argumentation développée aura donc pour objet de vérifier la possibilité de dissocier ces actes des contrats, de montrer leur unité et de s'assurer de l'utilité de la notion élaborée¹⁴⁷.

44. Aussi, les choix théoriques effectués ne supposent nullement d'exclure les investigations portant sur les actions concrètes de l'administration. Les exigences tenant à l'argumentation de la thèse rendent, au contraire, indispensable un examen pratique le plus précis possible. En définitive, tout effort de conceptualisation serait vain si on ne soulignait pas, à la fois, l'existence de certains faits et l'utilité de la notion proposée au vu de ces derniers. Aussi s'efforcera-t-on de lier constamment les choix théoriques au droit positif. Cela attestera de la réalisation d'un travail d'ordre cognitif indispensable à la présente recherche. Mais admettre que l'on ne peut se dispenser de scruter la pratique administrative ne revient pas à adopter une méthode empiriste. Il s'agit seulement de reconnaître que se soustraire à cette phase d'observation condamne souvent à ne pas faire œuvre utile. Comme le notait Michel Virally, toute théorie juridique doit avoir « une valeur explicative du droit existant. Si

¹⁴⁵ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 102.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹⁴⁷ V. aussi, sur cette méthode, P. DELVOLVÉ, « Introduction », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 663 ; M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, not. pp. 367-371.

elle est nécessairement neutre et désintéressée, elle ne représente pas, pour autant, un simple jeu de l'esprit. Elle ne mérite de prendre place dans la science du droit que si elle introduit de façon utile à l'étude et à la compréhension du droit positif »¹⁴⁸. À défaut, une pareille tentative ne serait que pure spéculation.

45. En outre, ces choix méthodologiques suggèrent plusieurs conséquences. Ils impliquent en premier lieu d'écartier d'autres approches possibles. Tel est le cas en particulier d'une perception typologique des conventions d'administration. Il aurait été tout à fait concevable de chercher à donner une présentation des procédés en les regroupant selon leur objet, leur fonction, leur domaine ou encore la nature des parties. Toutefois, cette optique n'a pas été retenue ici. L'une des raisons tient au fait que plusieurs travaux, dont le rapport du Conseil d'État pour 2008¹⁴⁹, ont effectué un tel recensement et comprennent des références suffisantes. Mais surtout, une semblable démarche n'est ni matériellement possible ni scientifiquement souhaitable, car elle ne présente pas un caractère opératoire.

En second lieu, les choix méthodologiques effectués impliquent que l'ambition de cette thèse ne sera pas de porter un jugement de valeur, sur des bases subjectives ou même objectives, à propos des conventions d'administration. Beaucoup d'auteurs expriment légitimement leurs appréciations sur les moyens d'action utilisés par les personnes publiques. Il en ressort, de façon logique, une très grande diversité d'opinions. Parfois, la doctrine se montre favorable à ces pratiques alors que, en d'autres occasions, elle estime que celles-ci frisent tout simplement « l'absurdité juridique »¹⁵⁰ ou qu'elles « dissimulent beaucoup d'hypocrisie »¹⁵¹. Sans doute sera-t-on incité à prendre position au cas par cas. Mais l'ambition de cette étude est, en définitive, plus modeste : elle vise à montrer l'utilité potentielle d'une notion et non de se prononcer sur l'opportunité d'y recourir.

En troisième lieu, cette étude ne portera pas directement sur les contrats administratifs. Néanmoins, dans la mesure où la catégorie des conventions d'administration ne peut être identifiée que par différenciation, des comparaisons devront nécessairement être opérées au cours de la thèse. Car « on ne peut jamais

¹⁴⁸ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. XLI.

¹⁴⁹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 17-90.

¹⁵⁰ M. HECQUARD-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, p. 453. V. aussi, S. REGOURD, « Regard critique sur la « fièvre contractuelle » des collectivités territoriales », in *Mélanges J.-A. Mazères*, Litec, 2009, p. 707 et s..

¹⁵¹ R. DRAGO, « Les politiques publiques contractuelles », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995 (n° 3), p. 293.

définir une espèce d'un genre isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces, en les ignorant ; il faut considérer le genre tout entier, toutes les espèces, sinon même leurs subdivisions ultérieures »¹⁵². Aussi d'importants développements seront-ils parfois réservés aux contrats administratifs, mais toujours afin de servir à l'argumentation générale. On doit ainsi mettre en garde le lecteur. Une compréhension satisfaisante des conventions d'administration dépend d'une référence constante aux actes contractuels. Il n'y a, dès lors, rien de surprenant à ce que des passages traitent de difficultés afférentes aux contrats. C'est encore étudier les conventions d'administration.

46. En définitive, la méthode choisie impose d'adopter une perception globale des phénomènes conventionnels au sein de l'action administrative. Une telle approche est parfaitement assumée. Elle vise à compléter, voire dépasser, une vision trop souvent fragmentaire de ces actes, chacun étant perçu dans son domaine particulier. Il s'agit précisément d'établir ici des liens entre divers procédés afin d'en montrer *in fine* l'unité, au lieu de participer aux efforts, légitimes et utiles, de sédimentation conventionnelle. Bien entendu, ce choix peut présenter un risque, celui que l'étude des conventions d'administration apparaisse trop globalisante. On pourrait ainsi en critiquer aisément certains postulats. Pour autant, une perception générale des actions s'avère nécessaire eu égard à l'objectif fixé : donner les éléments d'une notion nommée convention d'administration, désignant une *méta-catégorie* juridique, qui pourrait regrouper les actes conventionnels non contractuels.

Enfin, ces choix méthodologiques conduisent, en toute logique, à organiser l'étude au moyen d'une articulation binaire. Il ne s'agit pas seulement de respecter un usage du raisonnement juridique, dont les vertus esthétiques sont bien connues, mais de suivre les implications des options retenues. Celles-ci imposent en effet d'élaborer, tout d'abord, la notion de convention d'administration ou, plus précisément, d'en établir l'autonomie vis-à-vis de celle de contrat. De ce travail doit résulter une distinction plus lisible au sein des actes conventionnels par rapport à la classification que pourrait offrir les seules sources du droit positif. Une fois établie la notion de convention d'administration, il est ensuite nécessaire de mettre en exergue son utilité. Pour ce faire, il faudra analyser sa capacité à ordonner des actes juridiques produisant des effets moindres de ceux générés par les contrats et soumis, en conséquence, à des contraintes plus réduites. On espère ainsi donner une perception

¹⁵² Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 30.

plus juste des évolutions affectant les techniques conventionnelles de l'action publique.

Première partie : L'autonomie de la notion de convention d'administration

Seconde partie : Les spécificités de l'utilisation des conventions d'administration

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE DE LA NOTION DE CONVENTION D'ADMINISTRATION

47. Loin d'être homogène, l'action conventionnelle de l'administration est au contraire frappée du sceau de la diversité. Sans doute perçoit-on au premier examen une uniformité apparente entre les actes en raison de leurs ressemblances formelles. Mais ce sentiment disparaît rapidement en poussant l'analyse un peu plus loin. En effet, le recours intempestif aux procédés conventionnels par les personnes publiques a profondément bouleversé la nature même du contrat. Cette notion paraît métamorphosée par l'utilisation incantatoire qu'en fait l'administration. De façon paradoxale, l'engouement pour les techniques dites de contractualisation s'accompagne souvent d'une réelle indifférence pour l'acte contractuel. En d'autres termes, à mesure que se multiplient tous ces instruments au sein de l'action publique, les notions conventionnelles défont. Les auteurs évoquent d'ailleurs régulièrement les expressions de « procédé contractuel »¹, de « type contractuel »² ou en-

¹ V. parmi de très nombreuses illustrations, J.-M. AUBY, « Le contrat administratif en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 495 ; Ch. COURNIL et Y. DEPIGNY, « Contractualisation et externalisation de la politique migratoire : analyse et critique de la loi Hortefeux », *RDP*, 2008, p. 1052 ; R. DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 123 ; J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 575 ; A. HOLLEAUX, « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bull. ILAP*, 1974, p. 683 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 1 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2004, p. 368 ; F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997, p. 20 et p. 330 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, p. 176 ; Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, p. XX : l'auteur admet que la « notion de procédé contractuel ne saurait cependant constituer un critère de choix puisqu'il s'agit précisément de vérifier dans quelle mesure ces procédés sont effectivement contractuels ».

² V. not., J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1653.

core de « phénomène contractuel »³, aux fins de masquer un embarras assez compréhensible vis-à-vis de la *notion* de contrat. Car il semble bien que les actes auxquels ont recours les acteurs du droit ne s'épuisent pas dans cette dernière. La plupart du temps, ils ne sont que des semblants de contrat. La terminologie adoptée désigne alors un objet dont l'identité contractuelle n'est pas précisément déterminée. En somme, l'intention des auteurs est surtout de mettre en valeur le processus d'élaboration emprunté. C'est-à-dire l'existence d'un accord résultant parfois d'une négociation. Mais, du point de vue de la classification juridique, il peut s'agir tantôt d'un acte unilatéral, tantôt d'un acte conventionnel qui présente, ou non, toutes les caractéristiques du contrat.

48. La gangue ainsi formée par les conventions de l'administration, dans laquelle foisonne une impressionnante multiplicité d'actes, doit être brisée. La nécessité de dégager de celle-ci des catégories intelligibles pour les parties, mais également pour les tiers, et susceptibles d'être usitées par le juge impose un renouvellement des notions. En effet, l'évolution des pratiques conduit les acteurs à se référer à des concepts nouveaux encore mal identifiés par la doctrine. Il importe de traduire ces modifications en recourant, au besoin, à des outils conceptuels différents. Il faut pour cela retenir une acception moins évasive du contrat. Puis, définir les contours d'une seconde notion, certes proche de cette dernière mais autonome au vu de plusieurs éléments. Une autre approche aurait pu consister à élargir inconsidérément la notion de contrat afin qu'elle puisse embrasser l'ensemble des actions conventionnelles élaborées par l'administration. C'est parfois l'option que semble retenir la jurisprudence du Conseil d'État⁴. Mais on peut avoir des doutes sur la pertinence d'un tel choix qui aurait, selon toute vraisemblance, pour effet de compromettre l'unité même de cette catégorie juridique. Il y a tout lieu de penser que les dissemblances seraient alors plus nombreuses que les ressemblances.

49. Voilà pourquoi on entend identifier au sein des actes conventionnels de l'administration deux catégories autonomes : celle, traditionnelle, des contrats et celle, novatrice, des conventions d'administration. Il s'agit d'un essai d'autant plus difficile à transformer que la jurisprudence est très rare sur ce point. Cela s'explique sans difficulté. Tout indique que les conventions d'administration ne sauraient, en raison de leurs caractères, faire l'objet d'un recours juridictionnel. On doit ainsi

³ J. CAILLOSSE, « Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 470.

⁴ V. cependant, pour une approche stricte de la notion de contrat, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 251.

mettre en garde le lecteur au sujet de cette rareté. Elle n'est pas le signe de l'inexistence de l'objet de la présente thèse. Et le droit administratif, en dépit de l'importance historique de la jurisprudence dans sa construction, ne saurait être limité au contentieux administratif. Le manque de décisions ne peut en aucun cas suffire à contester d'emblée l'intérêt de la distinction proposée et encore moins pour dénoncer l'artifice de son étude. Au surplus, en l'état actuel de la jurisprudence, aucune distinction intelligible n'est adoptée entre les notions de convention et de contrat. Le juge administratif ne se pose jamais la question de la différenciation de ces actes. La notion de convention coïncide pour lui avec celle de contrat ou, plutôt, est tenue pour synonyme. Malgré les intentions qui ressortent du rapport public du Conseil d'État pour 2008, il est donc souhaitable de ne pas focaliser l'étude sur les positions jurisprudentielles.

50. Au vu de ces remarques, cette première partie aura pour ambition d'étudier l'élargissement abusif dont souffre la notion de contrat. Pour beaucoup d'actes conventionnels, la qualification contractuelle est impropre. Elle reflète une propension trop grande aux classifications rigides et une négligence envers la qualification juridique. Le juge administratif, suivi par une partie de la doctrine, n'hésite pas à qualifier de contractuels des actes qui n'en sont pas rigoureusement, dès lors qu'une acception stricte est retenue. Il est vrai que la proximité entre ces actes ne facilite pas la tâche. Ces deux catégories de conventions passées par l'administration partagent, de toute évidence, des caractères communs. Mais elles doivent être différenciées pour la cohérence de la qualification juridique et pour mieux rendre compte de l'usage qu'en font les personnes publiques. Dans cette optique, il s'agira de mener une recherche sur deux plans distincts. elle portera d'abord sur les caractéristiques des actes, puis insistera sur les fonctions que ces derniers assurent. Un tel raisonnement s'avère nécessaire dans la mesure où l'autonomie des conventions d'administration n'est pas juste en tout point. En premier lieu, elle demeure relative au regard de la structure des actes, entendue en son sens le plus large. D'apparence contractuelle, les conventions d'administration n'en produisent pas tous les effets en raison de l'absence de stipulations obligatoires. Seuls les contrats en contiennent et constituent, par conséquent, le *noyau normatif* des conventions de l'administration. Débarrassée de ces fictions, la notion de contrat apparaîtra alors avec plus de netteté (Titre 1). En second lieu, l'autonomie des conventions d'administration ressort de façon manifeste à l'aune des fonctions remplies par ces actes. Plus souples, ces procédés autorisent le franchissement d'obstacles insurmontables théoriquement pour les contrats. Ce constat rend d'autant plus certaine l'autonomie de la notion de convention d'administration par rapport à celle de contrat (Titre 2).

Titre 1

Une autonomie structurelle mesurée

51. Les difficultés rencontrées pour ordonnancer les actes conventionnels contrastent singulièrement avec les multiples ramifications de l'organigramme des actes unilatéraux. Au plan historique, la construction du droit administratif peut, d'ores et déjà, fournir des explications décisives sur ce constat. Droit de la puissance publique en charge de missions d'intérêt général, ce dernier se caractérise traditionnellement par la prédominance de l'action unilatérale. Aussi n'est-il guère étonnant que la jurisprudence et la doctrine aient focalisé leur attention sur l'acte unilatéral. La première, partiellement au motif qu'elle se trouve tributaire des saisines des requérants mais aussi que, de son fait, le contentieux conventionnel soit longtemps demeuré confidentiel eu égard aux règles de recevabilité des recours. La seconde, sans doute par attrait pour ce fleuron de l'action publique qui servait de puissant révélateur de l'exorbitance de la matière. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui, durant une partie du XX^e siècle, ont cherché à accentuer cet aspect. Il résulte aujourd'hui de ce désintérêt initial un décalage théorique entre les deux branches de l'action publique. D'un côté, la branche des actes unilatéraux séduit par ses redoutables subtilités et la précision de sa mécanique. De l'autre, la branche des actes conventionnels étonne par ses carences.

52. Devançant les critiques, on ne saurait toutefois négliger les efforts conjugués de la doctrine, de la jurisprudence et du législateur pour distinguer les catégories contractuelles entre elles. Ces dernières donnent régulièrement matière à des discussions fortes édifiantes intellectuellement et qui emportent des conséquences pratiques considérables. Inutile de mentionner ici les difficultés d'interprétation posées par le caractère substantiel de la rémunération assurée par les résultats de

l'exploitation d'un service, pour qualifier un contrat de délégation de service public¹. Comme il paraît superflu de rappeler l'épisode de la qualification des contrats de mobilier urbain, dont l'épilogue a abouti à leur classification parmi les actes soumis au Code des marchés publics². Les catégories contractuelles souffrent d'une telle instabilité que l'on peine à identifier avec certitude les frontières entre elles. Mais c'est d'une autre difficulté dont il s'agit de traiter ici. Elle tient au désintérêt doctrinal pour une classification des actes conventionnels en fonction de l'impérativité de leurs stipulations. Distinction première pour les actes administratifs unilatéraux, elle demeure étrangement absente s'agissant des conventions. On souhaite proposer une argumentation, dans les développements qui vont suivre, afin de montrer son utilité pour situer les actes *infra-contractuels* dans l'ordonnement juridique.

53. Pour cela, il est possible de s'inspirer des enseignements de la pensée scientifique. Ceux-ci suggèrent, ainsi que l'écrit M. Bienvenu, d'identifier « les traits de structure des corps juridiques que sont les actes, trouver leur formule de construction qui puisse servir de fondement à une systématisation »³. C'est dans une optique similaire que seront étudiés les procédés conventionnels auxquels ont recours les personnes publiques. Il s'agira de mettre en valeur leurs caractéristiques propres afin de tenter d'établir une séparation entre deux catégories d'actes. Au regard de cet objectif, l'étude structurelle des actes conventionnels pourrait décevoir l'observateur en ce qu'elle ne permet pas d'isoler avec netteté une notion autonome par rapport à celle de contrat. Elle présente malgré tout une vertu explicative suffisante pour la classification des actes. Seulement, découlent de cette analyse des conclusions qui peuvent apparaître divergentes. Pour en juger, il convient d'abord de dire précisément ce que comprend la structure ici. Ce terme ne renvoie pas simplement à la forme de l'acte mais, plus globalement, à sa constitution. Il comporte donc aussi des éléments relatifs au fond des actes. De sorte que, adoptant ces deux points de vue, l'examen des actes conventionnels sera plus complet.

54. Il en ressort, d'une part, une véritable assimilation formelle entre les actes conventionnels. Mais surtout, il en résulte, d'autre part, une distinction maté-

¹ V. not., CE, 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, *Rec.*, p. 137 ; CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais*, *Rec.*, p. 230.

² CE Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *Rec.*, p. 477. Au sein même de la haute juridiction, cette solution a fait l'objet de très vives critiques, v. A. MÉNEMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120. Cette décision s'inscrit dans l'interprétation donnée par l'avis n° 327449 rendu par la Section de l'intérieur le 14 oct. 1980, *GACE*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 12, comm. L. Richer.

³ J.-J. BIENVENU, « Actes juridiques et classification », *Droits*, 1988 (n° 7), p. 24.

rielle entre les authentiques contrats et les simples conventions d'administration. Parce qu'elle subsume tous les actes conventionnels sans distinction, la forme ne permet pas de fonder l'autonomie des conventions d'administration. Il ne faut pas s'en étonner tant on sait qu'en droit administratif la forme d'un acte n'influe guère sur la possibilité d'y percevoir une norme⁴. Cela autorise, en revanche, à considérer la spécificité et l'unité des actes conventionnels. En dépit de l'apparence hétéroclite de l'action conventionnelle publique, les actes qui la composent présentent d'irréductibles caractères communs d'un point de vue formel⁵ (Chapitre 1). *A contrario*, au sein des actes conventionnels, une distinction fructueuse peut être avancée pour rendre compte de la différenciation matérielle entre les conventions d'administration et les contrats. Cela suppose de mener une investigation sur le caractère impératif ou non des énoncés juridiques afin de déterminer si les stipulations de l'acte contiennent des normes juridiques (Chapitre 2).

⁴ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 215 et s.

⁵ En d'autres termes, il s'agit des éléments qui se rapportent au « caractère conventionnel » de l'acte par opposition à sa « portée obligationnelle » (O. FÉVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP*, 2008, p. 366).

Chapitre 1

L'assimilation formelle entre les actes conventionnels de l'administration

55. Formellement, les contrats et les conventions d'administration conclus par les personnes publiques sont, à quelques particularismes près, assimilables. En dépit de la multiplicité des appellations, on constate en effet des ressemblances entre ces actes conventionnels. Cela suggère d'émettre une hypothèse dès à présent : il est possible de concevoir l'existence d'une *méta-catégorie* qui tiendrait compte de la proximité formelle de ces divers procédés juridiques. De sorte que des règles seraient susceptibles de jouer pour l'ensemble de ces actes conventionnels. Elles sembleraient sans doute peu nombreuses en comparaison des innombrables règles de procédure spécifiques à chaque catégorie contractuelle, lesquelles aboutissent d'ailleurs à une complexité souvent mise en exergue par la doctrine¹. Cependant, la faible quantité des normes applicables ne suffit pas à infirmer l'idée défendue.

Précisons d'emblée que ne seront pas examinées dans le détail les conditions procédurales de formation des actes conventionnels. Comme il vient d'être évoqué, elles sont variables. Aussi, elles ne doivent surtout pas laisser croire qu'il n'y aurait aucune unité notionnelle entre les actes conventionnels. Ces règles tendent simplement à assurer une meilleure prise en considération d'impératifs liés à la légalité des actes et à la sécurité des relations. En cela, elles peuvent conduire à l'irrégularité de l'acte dans un contentieux « beaucoup plus objectif que subjectif »². Pour autant, elles n'interfèrent en rien sur sa nature juridique. Il faut rappeler, à cet égard, que le raisonnement juridique impose que la qualification juridique d'un acte précède

¹ V. déjà, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 471 et s.

² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 191 ; V. part., D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 18 et s.

l'attribution du régime applicable. Il s'ensuit qu'il ne sera procédé à leur étude que dans la seconde partie de ce travail. L'ambition des développements qui vont suivre sera de mettre en valeur les caractères formels que partagent tous les actes conventionnels.

Dans cette optique, il aurait été possible de présenter l'*accord* comme l'élément spécifique à l'ensemble des instruments étudiés. Cette notion est, en effet, souvent proposée par la doctrine. Un tel choix est parfaitement légitime et s'appuie sur des arguments solides³. Toutefois, la notion d'accord ne sera pas retenue pour caractériser formellement les actes conventionnels, et ce pour deux motifs principaux. D'une part, elle peut introduire une confusion puisque l'accord se rapporte tantôt au processus d'élaboration de l'acte, tantôt à l'acte lui-même. D'autre part, et cela trouve une justification dans la première réserve, la notion d'accord peut aussi bien viser des actes unilatéraux que conventionnels. Voilà pourquoi il faut tenter de traduire ce que recouvrent les actes conventionnels au moyen d'autres éléments. Ceux-ci pourront éventuellement renvoyer, *in fine*, à la notion d'accord mais permettront de donner plus de précisions sur les phénomènes analysés.

56. Élément « premier de toute convention »⁴, l'expression des consentements en est la caractéristique essentielle. Pour employer une formule synthétique, il n'y a pas d'acte conventionnel sans consentements. Bien qu'il puisse paraître évident et peu discriminant, ce premier caractère participe à l'unification des actes conventionnels. Peu importe ici leur nature de contrat ou de convention d'administration, ils se forment tous par l'expression des consentements. Il s'agit là d'une nécessité constante (Section 1) mais qui s'avère néanmoins insuffisante. Une convention apparaît comme un acte juridique spécifique eu égard à la réciprocité qui entoure sa conception et son exécution. Cet aspect se manifeste de façon identique pour l'ensemble des actes conventionnels (Section 2). Il s'insère donc pleinement dans la recherche d'une assimilation formelle entre les actes conventionnels de l'administration. Ces deux éléments sont à l'origine de la confusion qui règne au sein de l'action conventionnelle et, plus largement, dans l'action administrative toute entière. Cependant, sur ces deux points, au-delà de l'apparente pluralité formelle des conventions se dessine une unité.

³ V. not., L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, pp. 9-105.

⁴ B. PETIT, « Contrats et obligations. Consentement », *J.-Cl. civ.*, 2005, p. 3. V. aussi, Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 315 ; M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, pp. 150-151.

Section 1 : Un caractère constant, l'expression des consentements

57. La discrétion de la doctrine civiliste quant à l'expression des consentements a de quoi étonner dans la mesure où le principe du consensualisme est une clé de voûte du droit privé⁵. Un constat semblable peut être dressé pour le droit des conventions publiques. Il s'explique toutefois plus aisément car si le consensualisme dirige, en principe, la théorie des conventions, il n'est qu'un élément parmi d'autres en matière administrative⁶. De la sorte, son rôle paraît amoindri et, en pratique, le consensualisme tend même à devenir l'exception. Le plus souvent, le formalisme croissant des conventions publiques⁷ écarte la volonté des parties. Le consensualisme n'intervient alors que secondairement pour examiner l'existence d'une convention, lorsque le formalisme n'est pas décisif. Il ne l'emporte donc pas⁸ et s'analyse plutôt comme un palliatif. Mais cela n'hypothèque pas la prégnance de l'expression du consentement car, même très encadrée, elle est toujours nécessaire pour la conclusion de tout acte conventionnel⁹. Et il serait vain de chercher à voir dans le formalisme conventionnel un frein au rôle du consentement. Au contraire, il en assure une expression structurée par des règles de forme propres à chaque catégorie d'actes conventionnels. Ne serait-ce qu'au vu de ces implications, il paraît donc impérieux de préciser deux aspects tenant à l'expression des consentements. D'une part, les difficultés qui entourent son identification (Sous-section 1) et, d'autre part, les modalités qui permettent sa formulation (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'identification équivoque de la formulation des consentements

⁵ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 412, 2004, p. 1, et p. 65.

⁶ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 701-705.

⁷ V. not., L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 71 et s. ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 18. V. en ce sens, pour l'ensemble des actes administratifs, G. JÈZE, « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 34 ; v. aussi, S. SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, th., PUAM, coll. « CRA », 2 t., 2007.

⁸ V. *contra*, J.-Ch. BRUÈRE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, p. 1735 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, pp. 332-334.

⁹ V. not., F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 188-189.

58. Il arrive que la doctrine administrative envisage le consentement, non pour lui-même, mais de façon indirecte. Tel est le cas notamment lorsqu'elle étudie les vices du consentement, l'autonomie de la volonté¹⁰, ou bien encore la liberté contractuelle¹¹. Il reste que l'expression des consentements fait rarement l'objet de travaux spécifiques. Son rôle est pourtant majeur s'agissant de l'existence de l'acte conventionnel¹². Elle diffère en ceci de l'intégrité du consentement, qui n'a d'incidences que sur la validité de l'acte. En l'absence de consentement, rien n'est acté. Ainsi un acte conventionnel auquel ferait défaut un consentement n'est-il pas susceptible d'être annulé par le juge mais d'être tenu pour inexistant¹³. Pour autant, l'étude de la formulation des consentements par les parties recèle de complexités en raison, d'une part, des ambiguïtés originelles autour de cette notion (a) et, d'autre part, des difficultés rencontrées par le juge administratif pour s'assurer de l'expression des consentements (b). En tout état de cause, la formulation des consentements se retrouve, parfois sans être nommée, en droit des conventions administratives. Elle constitue, pour l'ensemble des actes conventionnels, un véritable socle d'airain.

§1. La confusion entre consentement et volonté

59. Lorsqu'elle manie la notion de consentement, la doctrine administrative laisse une impression vague. Une facilité de langage la conduit souvent à admettre que les notions de consentement et de volonté sont synonymes. Celles-ci peuvent donc être utilisées indistinctement sans que le sens juridique ne soit altéré. Certes, il faut reconnaître que la contiguïté de ces termes incite à les confondre. On peut illus-

¹⁰ V. par ex., R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit français*, th., Domat-Montchrestien, 1931.

¹¹ V. not., B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 192 et s.

¹² V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 533 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 170 ; Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Economica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 30-40 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 969.

¹³ V. not., J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 534). Soulignons que l'importante jurisprudence *Commune de Béziers*, bien qu'elle ne la mentionne pas, ne fait pas disparaître cette hypothèse. Il s'agit d'un état de fait, d'une situation radicale, dans lequel le juge du contrat ne pourra se prononcer ni sur l'exécution de l'acte, ni même sur sa validité. Cela explique d'ailleurs que le juge n'y renvoie pas (CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509).

trer ce propos assez aisément¹⁴. Envisagés comme des éléments procéduraux lors de l'élaboration d'un contrat, consentement et volonté sont ainsi régulièrement assimilés¹⁵. Assez légitime, la perspective choisie par de nombreux auteurs doit être reliée à une conception large de la notion de consentement. Cette assimilation paraît toutefois contestable et peut dissimuler une carence terminologique. En effet, suffisamment connue, la notion d'accord de volontés est souvent jugée évidente et rarement analysée par les auteurs¹⁶. Assez peu d'études ont consacré des développements à la distinction entre l'expression d'un consentement et celle d'une volonté¹⁷. Aussi, dans sa thèse, Georges Péquignot donne la définition suivante du contrat : « le contrat est une convention génératrice d'obligations ; le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations »¹⁸. Cette définition communément admise s'avère juste et vaut pour tous les contrats qu'ils soient administratifs ou privés. Il paraît néanmoins plus exact de considérer que tout acte conventionnel résulte de la formulation de consentements et non, de façon approximative, de volontés¹⁹. Trois motifs incitent à adopter cette différenciation qui pourrait apparaître purement rhétorique.

¹⁴ V. à titre d'illustration, P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 13 ; R. DÉAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, th. Angers, 2006, p. 27 ; J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, 1997, p. 269 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 312 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2008, p. 10 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 974.

¹⁵ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 974.

¹⁶ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 20.

¹⁷ V. toutefois, M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, 1995, p. 573. Et, moins spécifiquement, J.-Ch. BRUÈRE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, p. 1715.

¹⁸ G. PÉQUIGNOT, *op. cit.*, p. 16. V. par ex., dans le même sens, Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 617 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 9 ; Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 547 ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 31 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 7 ; F. MODERNE, « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *Dr. soc.*, 1975, p. 510 et s. ; J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 7 ; Ph. TERNEYRE, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA*, 2007, p. 1906 ; D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 186.

¹⁹ V. en ce sens, J. BRETHERS DE LA GRESSAYE, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, th. Bordeaux, 1921, p. 110 ; G. GUILLAUME, concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados C/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnements*, *AJDA*, 1972, p. 245 : « Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements » ; M. HAURIOU, *La gestion administrative*, Larose et Forcel, 1899, p. 74 ; L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 9.

60. En premier lieu, le consentement et la volonté procèdent certainement de la même « veine juridique » : celui-ci n'est jamais qu'une manifestation spécifique de celle-là. On ne peut consentir sans faire, dans le même temps, acte de volonté. La personne qui consent manifeste inévitablement une portion de sa volonté. Voilà pourquoi il est logique que ces notions soient parfois rapprochées, voire assimilées. Cependant la justesse de cette incorporation touche rapidement ses limites. Sans ignorer les significations diverses attachées à la notion de consentement²⁰, une distinction commode a été énoncée. Elle rappelle que « volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre »²¹ dans la mesure où « le consentement est un objet engendré par la volonté, émis par elle »²². Cette doctrine trouve dans l'article 1108²³ du Code civil une manifestation et évoque, au surplus, le langage courant. Usuellement, le consentement se présente en effet comme une volonté affaiblie. D'aucuns verront dans celui qui consent une attitude diminuée face à celui qui veut. Le premier se résigne à ne pas s'opposer, tandis que le second est déterminé à décider. En somme, une perception méliorative accompagne la volonté, alors que le consentement est couramment envisagé comme plus péjoratif. Il ne faut pas attacher une trop grande importance à ces jugements de valeur mais conserver à l'esprit que le consentement constitue un produit dérivé de la volonté. Cette dernière apparaît donc plus générique²⁴. Dès lors, il est exact d'estimer, avec les auteurs du *Traité des*

²⁰ V. part., L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, th., Litec, coll. « FNDE », vol. 77, 2008. V. aussi, pour une perspective différente de la notion, G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivation*, th., PUAM, coll. « Collection de l'Institut de droit des affaires », 2007, spéc. pp. 39-98.

²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDcin.*, 1995, p. 573 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, colloque Lille II et Paris XII, 1998, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 21 et s. V. aussi, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, p. 152.

²² M.-A. FRISON-ROCHE, « Obligation et volonté », *APD*, 2000 (n° 44), p. 129. V. égal., M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTDcin.*, 1998, p. 46 et s.

²³ Art. 1108 du code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'engagement ». Par ailleurs, on pourra remarquer que le code civil n'apporte aucune définition positive de ce qu'est le consentement et se concentre directement sur l'intégrité de celui-ci.

²⁴ C'est ainsi qu'il faut comprendre l'affirmation selon laquelle « le contrat doit réaliser un accord entre des volontés distinctes, qui expriment un échange de consentements », v. Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 57.

contrats, que « le contrat administratif comme le contrat de droit privé résulte de la rencontre de deux consentements, de deux manifestations de volonté »²⁵.

61. En deuxième lieu, une distinction probante peut être recherchée dans les conditions qui dominent l'intervention de la volonté et du consentement. Plus précisément, il s'agit d'identifier la préexistence d'une assertion sur laquelle le sujet se prononcera. La volonté peut, en effet, précéder l'existence d'un énoncé juridique, tandis que le consentement requiert toujours la préexistence de celui-ci. En d'autres termes, on ne peut donner, par principe, son consentement que sur un objet prédéterminé. Tel est le cas de l'acte conventionnel dont les articles comportent des énoncés juridiques. Il s'agit d'une condition *sine qua non* pour la formulation d'un consentement. Rien de tel pour la volonté que peut manifester toute autorité habilitée à édicter un acte administratif unilatéral²⁶. Cette opposition n'est pas sans rappeler la relation qui existe entre l'auteur d'une décision unilatérale, prise par sa seule volonté, et le destinataire de celle-ci, dont le consentement n'est pas sollicité. Pour les actes conventionnels, le consentement de chaque partie est requis et ne saurait être valablement donné sans que les stipulations conventionnelles ne soient, au moins pour la plupart, déterminées.

62. En troisième lieu, l'assimilation entre consentement et volonté méconnaît leur fonction respective dans la réalisation de l'acte conventionnel. Ils interviennent, en pratique, à des instants différents. La volonté des parties s'exprime durant le temps de l'élaboration des stipulations conventionnelles alors que le consentement se donne au moment de la conclusion de l'acte conventionnel. Loin d'être une question anodine, la distinction entre la volonté et le consentement permet de s'assurer de l'existence de l'acte conventionnel. Elle détermine l'instant à partir duquel l'acte est valide dans la mesure où il existe juridiquement. En pratique, le juge

²⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 471.

²⁶ On envisage le rôle de la volonté avec précaution tant l'étude de la doctrine montre sa complexité, P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Mélanges A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 65 ; O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, 1999 (n° 28), p. 83 ; P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 124, 1976, pp. 37-38 : L'auteur propose ici de distinguer certains actes en fonction du rôle joué par la volonté de l'auteur. Parfois, elle est réduite à néant lorsque l'on est en présence « d'actes d'exécution d'une obligation de vouloir ». D'autres fois, elle est prégnante lorsque l'on est en présence « d'actes exercice d'un pouvoir de vouloir ». Cette analyse ne contredit pas la fonction génératrice de la volonté puisque dans le premier cas, elle n'est que déplacée à un échelon supérieur. De même, un auteur consacre les premières pages de sa thèse au rôle « primordial » rempli par la volonté pour l'acte juridique unilatéral et, plus généralement, pour l'acte juridique (A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1961, p. 1 et s.).

administratif paraît adopter cette distinction en réservant le consentement à la conclusion de l'acte. Il ne semble pas limiter pour autant la volonté à son élaboration. Quoi qu'il en soit, la mise en exergue de ces deux phases permet de mieux rendre compte de l'éventuelle inégalité qui entoure la formation de l'acte conventionnel. Car, en matière administrative, les stipulations conventionnelles sont souvent dictées par l'administration, sans même que l'autre partie ne tienne la plume²⁷. Durant l'élaboration, l'administration manifeste alors seule sa volonté. Une fois le texte adopté au moins dans ses grandes lignes, le consentement de chaque partie est requis, y compris celui du rédacteur. Lorsque les parties composent l'acte conventionnel de concert, ce dédoublement transparait toutefois moins nettement. En cette hypothèse, les consentements semblent *a priori* acquis au terme de la préparation de la convention. La distinction entre volonté et consentement est alors plus fictive mais demeure néanmoins²⁸. En admettant que l'essence²⁹ de l'acte conventionnel se trouve dans la volonté, le *générateur* de celui-ci se situe bien dans le consentement. Cette distinction n'est pas simplement théorique. Elle traduit le mécanisme général de formation des conventions sans tenir compte des exigences propres à chaque espèce d'actes. Il est ainsi regrettable qu'elle ne soit pas mieux affirmée. La doctrine et le juge n'ignorent certes pas la notion de consentement mais en retiennent généralement une approche médiate.

§2. L'approche médiate du consentement

63. Pour diverses raisons, la doctrine envisage souvent la notion de consentement non pour elle-même mais dans le cadre d'une analyse plus globale. Une telle approche semble traduire un attachement trop grand à une perception contentieuse du droit administratif. En effet, les études portent la plupart du temps sur la régularité du consentement et les principes qui en dominent l'expression. Elles présupposent dès lors systématiquement l'existence du consentement et tiennent sa connaissance pour acquise³⁰. En attestent divers travaux s'interrogeant sur la présence de la

²⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2008, p. 158.

²⁸ À titre illustratif, on mentionnera ici les exemples agrestes du « Contrat local d'éducation artistique du Boulonnais » conclu le 12 mars 2007 entre la Communauté d'agglomération du Boulonnais, la région du Nord-Pas-de-Calais et l'État ; ou des « contrats de paysage » prévus par une circulaire du 15 mars 1995 (sur ce point, J.-M. PONTIER, « Les collectivités locales et le paysage », *RA*, 1995, p. 521).

²⁹ V. en ce sens, G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th., Sirey, 1934, p. 309.

³⁰ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 192 et s.

liberté contractuelle en droit public³¹. Au détour de quelques lignes, il arrive que ces études évoquent de façon indirecte la notion de consentement³². Un constat semblable ressort de la jurisprudence administrative.

64. D'une part, le Conseil d'État aborde les questions afférentes aux vices du consentement depuis longtemps³³. Il est arrivé qu'il les mentionne pour un contrat privé³⁴ et qu'il en fasse application concernant des contrats administratifs. Leur validité est également subordonnée à l'expression de consentements non viciés par le dol³⁵, l'erreur³⁶ ou la violence³⁷.

Sans doute cet emprunt fait au droit civil permet-il d'envisager de façon indirecte le consentement. Toutefois, l'étude de son existence est reléguée au second plan. Des considérations de « moralité administrative »³⁸ paraissent l'emporter ici. Il ne s'agit moins pour le juge de vérifier la présence d'un consentement que d'en contrôler l'intégrité. Et, pendant longtemps, il semblait que l'utilisation de la théorie des vices du consentement n'avait pas été jusqu'à l'intégration de la notion de consen-

³¹ V. part., P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 76, 2008, p. 13. V. au sujet de la reconnaissance de la liberté contractuelle au niveau européen BÉCHILLON (D. de), « Le principe de liberté contractuelle dans la convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 53.

³² V. not., H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 304-314 ; F. LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *CMP*, 2007, étude 6 ; M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités locales*, th., PUAM, 2002 ; F. MODERNE, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle », *RFDA*, 2006, p. 2 ; Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 667 ; D. TURPIN, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 63. V. égal., É. DELACOUR, « Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 », *CMP*, 2007, études 5, pp. 7-8.

³³ V. sur ce point, A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, pp. 202-214 ; B. PLESSIX, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 12.

³⁴ CE, 15 janv. 1931, *Boyreau*, *Rec.*, p. 49.

³⁵ CE, 14 déc. 1923, *Société des grands moulins de Corbeil*, *Rec.*, p. 852 ; CE Sect., 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Compagnie*, *Rec.*, p. 310 ; CE, 23 juin 1978, *Consorts Michel*, *Rec.*, p. 277 ; CE, 19 déc. 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, *Rec.*, p. 507, v. concernant cet arrêt, F. MODERNE, « Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs », *RFDA*, 2008, p. 109 ; CE, 22 févr. 2008, *Tête*, req. n° 266755, *AJDA*, 2008, p. 438.

³⁶ V. not., CE, 28 déc. 1917, *Belmont*, *Rec.*, p. 878 ; CE, 26 avril 1950, *Domergue*, *Rec.*, p. 813.

³⁷ V. not., CE, 15 janv. 1931, *Boyreau*, *Rec.*, p. 49 ; CE Sect., 19 janv. 1945, *Société anonyme des Aéroplanes G. Voisin*, *Rec.*, p. 19.

³⁸ B. PLESSIX, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 17. Pour sa part, Y. Weber y perçoit une théorie permettant d'assurer la continuité du service public : « on peut affirmer que la théorie administrative des vices du consentement est significative du service public », v. Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 315.

tement. Il était discutable d'ailleurs de considérer que l'une supposait nécessairement l'autre. Il n'y avait pas là de véritable « corollaire »³⁹. Comme il appartient au juge administratif d'apprécier l'opportunité d'un emprunt au droit civil, il lui revient d'en déterminer la fonction et d'en tracer les limites. En ce sens, la théorie des vices du consentement complète efficacement les règles qui régissent la conclusion des contrats administratifs. Elle parfait l'office du juge et l'éventail des sanctions qu'il peut prononcer. Sans véritable ambition théorique, le Conseil d'État fait ainsi preuve de pragmatisme en effectuant cet emprunt à des fins purement utilitaires. Malgré tout, il rend compte désormais de l'importance que revêt l'expression des consentements en mentionnant explicitement cet élément dans sa décision de principe *Commune de Béziers*⁴⁰.

65. D'autre part, il arrive qu'un consentement soit exprimé de façon irrégulière en raison du défaut d'habilitation de l'autorité qui consent. Il s'agit d'un manquement si évident et si grave que le juge administratif a pu établir sa jurisprudence dès le XIX^e siècle⁴¹. De sorte que le consentement est bien envisagé par le juge. Néanmoins, ici encore, ce n'est pas son existence mais sa validité qui est examinée.

66. D'ailleurs, de manière symptomatique, l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État révèle que le terme de consentement ne fait que rarement partie du vocabulaire du juge administratif. Celui-ci s'y réfère pourtant depuis fort longtemps⁴². Il l'emploie dans des situations de droit privé. En quelque sorte, il s'agit là d'un emprunt assumé à la terminologie privatiste. Lorsqu'il est placé dans un contexte de droit privé, le juge administratif en adopte le vocable. À ce titre, le Conseil d'État n'hésite pas à mentionner, par exemple, « l'insuffisance des engagements consentis par l'initiative privée »⁴³. La Haute juridiction s'y réfère aussi pour définir la

³⁹ V. *contra*, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 66.

⁴⁰ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

⁴¹ CE, 22 déc. 1859, *Commune de Vezac*, Rec., p. 767.

⁴² Si la notion a été utilisée concernant la compétence juridictionnelle, v. CE, 15 juin 1825, *Tbéus et Jacob*, Rec., p. 293 ; ou à l'occasion de la réunion de deux communes, donc en dehors du contentieux contractuel, v. CE, 18 mars 1868, *Commune de Lys-lez-Lannoy*, Rec., p. 292 ; elle se rencontre surtout pour les contrats : v. CE, 12 déc. 1902, *Dame Orcibal et sieur Leclère*, Rec., p. 750 ; CE, 4 août 1911, *Compagnie des chemins de fer de l'Est c/ l'État*, Rec., p. 934 ; CE Sect., 11 avr. 1930, *Dame veuve Lachambre c/ Commune de Veynes*, Rec., p. 441.

⁴³ CE Sect., 20 oct. 1950, *Stein*, Rec., p. 505. De même, plusieurs jurisprudences s'inscrivent dans ce courant : CE, 19 mars 1969, *Demoiselle Noby*, Rec., p. 173 ; CE, 21 mai 1969, *Comité d'organisation des manifestations économiques et touristiques de Rouen (COMET)*, Rec., p. 259 ; CE Sect., 18 juin 1976, *Dame Culard*, Rec., p. 319 ; CE, 3 nov. 2003, *SARL Méridia France*, Rec., tab., p. 763 ; CE, 1^{er} mars 2004, *Société AS production*, Rec., p. 108.

notion de clause exorbitante du droit commun⁴⁴. Toutefois, ce seul constat ne suffit pas à exclure la notion de consentement en droit des conventions publiques, elle semble bien présente, latente dans les décisions juridictionnelles. En outre, les évolutions jurisprudentielles apportent une confirmation à l'idée selon laquelle il n'est pas possible d'examiner un acte conventionnel sans tenir compte de l'expression des consentements⁴⁵.

Loin d'ignorer la notion de consentement, le juge administratif y attache une grande importance pour l'existence de l'acte conventionnel. En dépit de sa rareté, elle n'est pas absente de sa jurisprudence mais n'intervient, fort logiquement, que dans le cadre d'une contestation. Autrement, le juge administratif n'en aurait bien entendu pas connaissance. Or un recours juridictionnel est le plus souvent formé lorsque l'une des parties soutient que son consentement a été vicié, et plus rarement lorsque son consentement n'a pas été formulé. Cela peut expliquer le peu d'indications fournies par le juge s'agissant de l'existence du consentement. Il ne s'agit pas d'une notion manquante et, encore moins, d'une notion inadaptée au droit des conventions administratives. Le consentement apparaît bel et bien comme l'élément fondamental, indispensable pour la conclusion d'un acte conventionnel public. « Un acte de cette nature [conventionnelle], constate ainsi un membre du Conseil d'État, repose sur l'échange des consentements fondé sur l'équilibre des clauses de l'ensemble du texte conventionnel »⁴⁶.

67. Dès lors, il ne faut pas croire que le juge administratif ne recourt pas à la notion de consentement juste parce qu'il ne l'évoque guère. Le terme se fait aujourd'hui moins rare dans la jurisprudence administrative et la notion y est présente depuis longtemps. Dans la décision *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*⁴⁷, le Conseil d'État note ainsi qu'un décret du 20 mai 1955 a organisé un régime d'achat obligatoire par Électricité de France de l'énergie produite de façon indépendante. Juridiquement, ce régime exorbitant du droit commun s'analyse en un consentement lié pour l'établissement public. Car, en ces situations, il se trouve dans

⁴⁴ *Ibid.*, p. 505 : « que les accords intervenus entre l'État et les industriels dans les limites tracées par la loi ne contiennent aucune clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales ».

⁴⁵ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

⁴⁶ G. LE CHATELIER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 17 déc. 1993, *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, *AJDA*, 1994, p. 66.

⁴⁷ CE, 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Rec.*, p. 48.

L'obligation de donner son consentement conformément à la norme réglementaire. L'autorité compétente de l'établissement public ne pouvait donc pas refuser de consentir. Cette jurisprudence traduit la prise en compte par le juge administratif de l'existence du consentement des autorités publiques.

Dans le même ordre d'idées, une illustration probante peut être trouvée dans l'arrêt *Syndicat des médecins du Rhône*⁴⁸ relatif aux conventions nationales signées entre la Caisse nationale de l'assurance maladie et plusieurs organisations syndicales. Ces actes ne sont que faussement conventionnels puisqu'ils ont vocation à produire des effets réglementaires. D'ailleurs, le juge administratif les range parmi les règlements à compter de leur approbation par un arrêté ministériel. Il reste que les parties expriment leur consentement pour sceller ces conventions nationales. Élaborées sur la base d'un accord⁴⁹, elles sont similaires d'un point de vue formel aux actes véritablement conventionnels. Appliquant les règles générales de formation des actes, le Conseil d'État juge ainsi que l'absence d'une partie lors de la passation de la convention rend irrégulier le décret d'approbation⁵⁰. En d'autres termes, le juge administratif considère que la convention n'existe valablement que dans la mesure où elle a reçu le consentement de l'ensemble des parties requises. La présence de la partie importe moins, en vérité, que son consentement. Il en aurait été pareillement en présence de la partie manquante dont le consentement n'aurait pas été exprimé. Ainsi le décret est-il irrégulier en raison de l'inexistence de l'acte approuvé, résultant lui-même de l'absence de l'un des consentements nécessaires⁵¹.

68. L'existence des consentements paraît toujours envisagée par le juge administratif. Cela ne ressort pas explicitement de ses décisions mais est impliqué par le contrôle qu'il opère sur la régularité de la formation des actes conventionnels. En définitive, le contexte juridictionnel explique largement cette situation. Quoi qu'il en

⁴⁸ CE, 19 févr. 1975, *Syndicat des médecins du Rhône et sieur Guy Fradin*, Rec., p. 129.

⁴⁹ V. not., TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurance « le Soleil » c/ L'État*, Rec., p. 449 : Toute convention repose sur un accord de volontés, lesquelles se manifestent par la formulation des consentements.

⁵⁰ CE, 19 févr. 1975, *Syndicat des médecins du Rhône et sieur Guy Fradin*, Rec., p. 129 : « l'arrêté attaqué en date du 29 octobre 1971 approuve la convention conclue le 28 octobre 1971 entre, d'une part, la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles et la caisse centrale de secours mutuels agricoles et, d'autre part, la confédération des syndicats médicaux français ; qu'il n'est pas contesté que la fédération des médecins de France constitue l'une des organisations syndicales nationales les plus représentatives de médecins ; qu'il suit de là que la convention dont s'agit, à la conclusion de laquelle cette fédération n'a pas participé, est intervenue en violation de l'article L. 261 précité du code et ne pouvait légalement être approuvée par l'arrêté » (nous soulignons).

⁵¹ Cette terminologie est utilisée, tout en notant que la distinction entre nullité absolue et inexistance peut être critiquée. V. à ce sujet, F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 211-214.

soit, il ne faut pas analyser la rareté des arrêts se prononçant explicitement sur l'existence des consentements comme le signe d'une carence conceptuelle. Le juge semble reconnaître l'importance primordiale de la formulation des consentements pour concevoir l'acte conventionnel. Il n'y a d'ailleurs guère d'obstacle juridique à ce que le juge administratif consacre pleinement le consentement en droit des conventions publiques, sinon les craintes injustifiées d'une perte d'autonomie vis-à-vis du droit privé. D'autant que la formulation des consentements peut suivre des modalités particulières. Il est possible d'en donner une perception générale afin de mieux saisir les caractéristiques que partagent les actes conventionnels.

Sous-section 2 : Les modalités ordinaires de la formulation des consentements

69. Usuellement, l'expression des consentements peut suivre deux voies distinctes pour aboutir à la conclusion d'un acte conventionnel : la négociation et l'acceptation. Sans doute ces deux modalités se trouvent-elles souvent confondues en pratique. Mais, en cette hypothèse, on ne saurait dire qu'elles sont assimilables pour autant. Elles se succèdent alors dans le temps de la formation de l'acte conventionnel. En tout cas, il convient de préciser que seule l'acceptation est indispensable pour l'expression d'un consentement (§2), la négociation apparaissant, quant à elle, secondaire (§1).

§1. La négociation comme mode secondaire de formulation

70. De prime abord, le lien entre l'acte conventionnel et la négociation n'est pas douteux. Parfois suggérée par une définition évasive⁵² ou ambitieuse⁵³ de la notion de négociation, cette première perception s'avère juste en pratique (a). Néanmoins, en adoptant une acception stricte⁵⁴, il devient théoriquement possible de séparer ce moyen de parvenir à un accord de la formulation du consentement. En effet, la négociation ne constitue pas un élément primordial de la formulation du consentement et, par suite, ne compte pas parmi les critères d'identification de l'acte conventionnel (b).

⁵² R. DÉAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, th. Angers, 2006, p. 27.

⁵³ Y. STRUILLON, concl. sur l'arrêt CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts, Dr. soc.*, 2006, p. 894.

⁵⁴ La négociation est un procédé d'élaboration des actes juridiques fondé sur des tractations, auxquelles participent plusieurs parties afin de parvenir à un accord donnant naissance à un acte qui ne résultera, le cas échéant, que de la formulation des consentements. Dans cette mesure, la négociation se présente-t-elle comme un mode d'obtention du consentement de l'autre (ou des autres) partie(s).

a) L'association pratique entre négociation et consentement

71. En matière conventionnelle, la négociation est souvent perçue comme systématiquement liée à la formulation des consentements. Elle semble *a priori* déterminante pour la conclusion d'un accord entre les parties. On peut, en effet, s'attendre à ce que l'expression des consentements repose sur un processus de tractations. N'est-ce pas là l'essence même de la convention ? « Le schéma traditionnel, écrivait Jean Rivero, fait, du contrat, la conclusion d'un débat, d'une négociation qui aboutit à un accord »⁵⁵. De même, André de Laubadère a pu relever que lorsqu'un processus de négociation est amorcé, « le mot de contrat vient facilement sous la plume »⁵⁶. En d'autres termes, la négociation s'intègre totalement dans « l'idéologie du contrat »⁵⁷. Elle participe quelquefois à l'architecture conventionnelle puisqu'elle peut donner lieu à la signature d'un accord de principe visant à la poursuite des négociations. Il n'est donc pas difficile de constater l'indéniable liaison entre négociation et consentement. Elle se justifie à deux égards.

72. Premièrement, l'omniprésence de la négociation traduit l'objet éminemment économique des conventions⁵⁸. Ces actes ne se situent pas dans une sphère simplement juridique mais aussi, et surtout, financière. Or la négociation revêt un rôle considérable pour la réalisation de l'équilibre économique de la convention, ainsi que l'illustre parfois la jurisprudence administrative⁵⁹. Elle paraît donc souvent souhaitable. Du reste, il arrive que la législation prévoit explicitement qu'une libre négociation doive précéder le consentement donné par l'administration. Pour les délégations de service public, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales énonce ainsi que « les offres [...] présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, *au terme de ces négociations*, choisit le délégataire »⁶⁰. Une disposition similaire régit la conclusion des con-

⁵⁵ J. RIVERO, « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 657. V. aussi, G. MARCOU, « Politique de la ville et contractualisation », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 244 ; G. MORIN, *La loi et le contrat*, Félix Alcan, 1927, p. 112 ; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 1951, p. 48 ; J.-L. THIÉBAULT, « La négociation dans la politique de la ville », in G. Marcou, F. Rangeon et J.-L. Thiébault (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 213.

⁵⁶ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 463.

⁵⁷ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *No-nagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 618.

⁵⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 198.

⁵⁹ CE, 29 avr. 2002, *Groupement des associations de l'ouest parisien et autres*, *Rec.*, tab, p. 810.

⁶⁰ Art. L. 1411 du Code général des collectivités territoriales (nous soulignons).

trats d'entreprise pluriannuels⁶¹ et les contrats d'objectifs et de moyens. La négociation ne résulte alors plus d'un choix laissé aux parties mais d'une obligation légale.

Ajoutons l'exemple fourni par les partenariats public-privé. Initialement, le gouvernement n'avait pas prévu à leur propos une procédure négociée mais une phase de *discussion*. Celle-ci devait précéder la présentation des offres et permettre à la personne publique de définir la solution juridique, technique et financière la plus adaptée⁶². Il ne s'agissait pas, à proprement parler, d'une négociation : la discussion portait sur l'opportunité de passer un contrat et non sur l'opportunité de conclure un partenariat public-privé. Durant cette période, la personne publique va se forger une conviction, celle de l'utilité d'un partenariat. Toutefois, il faut reconnaître que la séparation entre les deux phases est poreuse puisque la personne publique risque d'anticiper son choix. D'ailleurs, la doctrine⁶³ et la jurisprudence⁶⁴ s'accordent pour assimiler la discussion instituée à une négociation. Voilà pourquoi la mission d'appui à la réalisation des partenariats public-privé, créée par un décret du 19 octobre 2004⁶⁵, porte bien sur la négociation et n'évoque pas la discussion. Ainsi une phase de discussions, d'entretiens doit-elle précéder l'éventuelle phase de négociation⁶⁶.

73. Secondairement, cette liaison se justifie par l'utilité de la négociation. Elle permet, selon M. Richer, d'obtenir de meilleurs résultats que l'appel à la concurrence⁶⁷. Mais ses mérites ne se limitent pas à cela. Dans d'autres hypothèses, la négociation rendrait possible « un plus grand approfondissement du dialogue social »⁶⁸. Tous ses avantages apportent sûrement des éléments pour la compréhension du lien entre la négociation et l'expression des consentements. À cet égard, la contractualisation ne doit-elle pas une part de son succès à la promotion du processus

⁶¹ Art. 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776 ; V. pour les contrats d'objectifs et de moyens, J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, pp. 952-954.

⁶² Art. 7 de l'ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004, *JORF*, 19 juin 2004, p. 10994.

⁶³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 688-689.

⁶⁴ CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec.*, p. 272 : « en prévoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la négociation des contrats, le décret attaqué n'a pas entendu permettre à cette mission de les négocier en lieu et place d'une personne publique autre que l'État ».

⁶⁵ Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004, *JORF*, 21 octobre 2004, p. 17821.

⁶⁶ Désormais, celle-ci est rendue possible depuis l'intervention de l'art. 7 de la loi n° 2008-735 du 28 juill. 2008, *JORF*, 29 juill. 2008, p. 12144 : « Lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée ».

⁶⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 426.

⁶⁸ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 187.

d'élaboration⁶⁹ ? Traditionnellement peu appréciée en droit public⁷⁰, la négociation recouvre une fonction de légitimation de l'action publique. Le désir de développer une action modernisée, puisque négociée, anime plus les personnes publiques que la volonté de se lier par un réel contrat⁷¹. Peu importe la nature des actes tant qu'ils procèdent de la négociation. La plupart des actes conventionnels sont ainsi formés par des consentements donnés après tractations⁷². Pour autant, il est vain de rechercher dans la négociation un élément intangible des conventions. Malgré le lien évident qui les unit, la négociation n'est pas un processus indispensable pour concevoir théoriquement les actes conventionnels. Elle doit, en effet, être séparée de façon stricte de l'expression du consentement.

b) La dissociation théorique entre négociation et consentement

74. Dans son rapport public pour 2008, le Conseil d'État affirme que « l'existence d'une véritable négociation en amont de l'acte constitue [...] l'un des indices permettant normalement d'identifier la présence d'un contrat »⁷³. Outre que la technique du faisceau d'indices semble peu satisfaisante pour qualifier une convention, on peut s'étonner que la Haute Assemblée donne à voir dans la négociation un élément d'identification du contrat. Cette approche est pourtant loin d'être inhabituelle ainsi qu'en témoignaient déjà les travaux de Bonnard⁷⁴. Une telle idée se re-

⁶⁹ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 15. V. pour une appréciation synthétique et historique de la relation entre contractualisation et négociation, F. HAMON, « La contractualisation et la fonction publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 69 et s. V. pour une illustration pratique, Ph. LERUSTE, « Les contrats d'aménagement de villes moyennes », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4234 à 4236, p. 71 ; P. LUBEK, « La contractualisation : le cas de la SNCF », *RFFP*, 1995 (n° 39), pp. 79-80.

⁷⁰ J.-B. AUBY, « La valeur de l'action publique », *DA*, 2007 (n° 11), p. 2.

⁷¹ V. not., B. DOLEZ, « La contractualisation ou les paradoxes d'un nouveau mode d'administration publique », in G. MARCOU, F. RANGEON et J.-L. THIÉBAULT (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 188 ; J.-P. GAUDIN, *La négociation des politiques contractuelles*, CEPPEL, L'Harmattan, 1996 ; J.-P. GAUDIN, « Le sens du contrat dans les politiques publiques », *Esprit*, 2001, p. 112 ; Ph. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1996 ; J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, pp. 952-954 ; P. LASCOURMES, « Négocier le droit : formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *PMP*, 2003 (n° 4), p. 48.

⁷² V. pour les contrats de plan, CE Sect., 25 févr. 2005, *Association « Préservons l'avenir à Ours Mons Taulbac » et autres*, *Rec.*, p. 83.

⁷³ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 107, égal. p. 94. V. aussi, M. FORNACCIARI, concl. sur l'arrêt CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, *RFDA*, 1989, p. 468 ; et s'agissant des catégories du droit communautaire, R. NOGUELLOU, « Les catégories du droit des contrats administratifs », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 684-685.

⁷⁴ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943, p. 89.

trouve assez régulièrement dans les discours doctrinaux contemporains. Il est en effet courant d'admettre que le processus d'élaboration d'un acte détermine sa nature⁷⁵, que la négociation suggère l'existence d'une convention⁷⁶, voire que toute opposition à une libre discussion est contraire à l'essence de la convention⁷⁷. À propos des conventions d'utilité sociale instituées par la loi du 25 mars 2009⁷⁸, M. Jégouzo semble ainsi percevoir dans la libre négociation un élément de l'acte conventionnel⁷⁹.

Cette conception générale paraît discutable car elle entretient une confusion entre la qualification et l'élaboration d'une convention. L'étude de la jurisprudence administrative permet de montrer, au contraire, qu'il ne suffit pas de négocier pour contracter⁸⁰. Si la négociation est souhaitable pour l'équilibre financier du contrat, elle n'est pas nécessaire pour caractériser une convention⁸¹. Son existence requiert la formulation de consentements sans tenir compte de la manière dont ils sont exprimés. La liaison constatée précédemment s'avère donc trompeuse. De nombreuses conventions sont conclues sans négociation. En somme, convenir n'est pas toujours négocier et négocier n'est pas seulement convenir⁸².

⁷⁵ V. par ex., Ch. COURNIL et Y. DEPIGNY, « Contractualisation et externalisation de la politique migratoire : analyse et critique de la loi Hortefeux », *RDP*, 2008, p. 1060.

⁷⁶ V. en ce sens, A. COLSON, « Contrat et négociation », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, t. 1, 2006, p. 15 : « Le contrat, accord de volontés résultant d'une négociation » ; A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 152 : « La jurisprudence tend à considérer qu'il y a contrat si l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour négocier avec l'entreprise les conditions et modalités de l'aide » ; G. PELLISSIER, « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », *JCP A*, 2008 (n° 27), p. 6 ; J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités territoriales. La répartition des compétences*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 127, 1978, p. 546 ; Th. REVÊT, « Le contrat-règles », in *Libre droit. Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 929.

⁷⁷ G. MORIN, *La loi et le contrat*, Félix Alcan, 1927, p. 112.

⁷⁸ Art. 1^{er} de la Loi n° 2009-323 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, *JORF*, 27 mars 2009, p. 5408.

⁷⁹ Y. JÉGOUZO, « La loi du 25 mars 2009 sur le logement et la réaffirmation du rôle de l'État », *AJDA*, 2009, p. 1289.

⁸⁰ CE, 9 févr. 1925, *Lecrivain, Rec.*, p. 990 ; TC, 22 nov. 1993, *Martinucci c/ Ville de Toulouse, Rec.*, p. 409.

⁸¹ V. s'agissant des contrats privés, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 200. Plus généralement, v. sur cette question, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, p. 225 et s.

⁸² V. en ce sens, J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 15 : « Il faut encore préciser que la négociation n'est pas de l'essence du contrat. Quoiqu'on en ait dit l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat. Réciproquement l'existence d'une négociation ne suffit pas à justifier cette qualification ». V. égal., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, pp. 213-214 ; J. GHESTIN, « contrat », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 278 ; J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 955 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 676 ; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp.

75. En premier lieu, certaines catégories d'actes se prêtent tout particulièrement à la négociation. Pour d'autres, en revanche, les parties ne sauraient recourir à ce processus. Il en va ainsi du marché public passé suivant la procédure d'appel d'offre ouvert ou restreint⁸³. Néanmoins, la réglementation de la commande publique réserve une place non négligeable à la négociation. Celle-ci donne même son intitulé à l'une des procédures prévues pour la passation des marchés publics⁸⁴. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une méthode secondaire de passation qui est particulièrement conditionnée par l'article 35 du Code des marchés publics⁸⁵. Mais cela révèle tout de même la présence de la négociation dans la formation des contrats publics. En outre, le manuel d'application du Code énonce que la mise en œuvre d'une procédure adaptée « n'interdit nullement la négociation. [Cette dernière] constitue en effet un élément décisif de la qualité de l'achat public »⁸⁶. Dès lors, si le régime principal interdit la négociation pour la formation des marchés publics, il ne l'écarte pas en toute hypothèse. La procédure d'appel d'offre est préférée dans la mesure où elle revêt un caractère objectif et permet de garantir la libre concurrence entre les candidats. Elle chasse la négociation, plus subjective, et parfois soupçonnée de conduire à des pratiques frauduleuses. Ces choix traduisent des préoccupations contemporaines et, pour certains auteurs, l'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté⁸⁷.

76. En second lieu, toute négociation n'aboutit pas nécessairement à la signature d'une convention. Ainsi que le souligne M. Chapus, « il est [...] fréquent que le contenu d'un acte unilatéral ait été négocié avec ceux ou avec les représentants de

132-133 ; M. H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration », *RTD civ.*, 1993, p. 249.

⁸³ Art. 33 du Code des marchés publics : « L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, *sans négociation*, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats » (nous soulignons).

⁸⁴ L'article 34 du Code des marchés publics prévoit la possibilité de recourir à une « procédure négociée ».

⁸⁵ V. not., S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, éditions du Moniteur, 3^{ème} éd., 2009, pp. 313-319.

⁸⁶ Point 9.3.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, *JO*, 4 août 2006, p. 11665. Par ailleurs, en son point 11, la circulaire encourage vivement le recours à la négociation dès lors qu'elle est autorisée par le code des marchés publics. Ainsi, pour les contrats en dessous des seuils de marchés formalisés, il est possible d'adopter une mise en concurrence adaptée et de négocier avec les potentiels fournisseurs.

⁸⁷ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 103, 1971, p. 6 et s. ; v. aussi, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 220 ; v. cependant sur la valeur de l'autonomie de la volonté, S. SAUNIER, « L'autonomie de la volonté en droit administratif : une mise au point », *RFDA*, 2007, p. 609.

ceux auxquels il doit conférer des droits ou imposer des obligations »⁸⁸. Nombreuses sont en effet les décisions élaborées au terme d'une négociation⁸⁹. Dès le sortir de la seconde guerre mondiale, Jean Donnedieu de Vabres a notamment pu identifier des actes réglementaires négociés fixant le prix des céréales⁹⁰. Par la suite, la réglementation des prix a fourni de multiples illustrations d'actes non conventionnels négociés⁹¹. Les auteurs signent un accord dans cette hypothèse mais qui relève des négociations « « diplomatiques » et ne se traduit pas par un traité en bonne et due forme »⁹². Dès lors, le fait de négocier ne donne pas une indication certaine sur la nature de l'acte. La prise en compte de ce processus suggère la prudence.

77. La négociation est un simple élément procédural entrant dans l'élaboration de l'acte. Il n'est donc pas envisageable de qualifier une convention par l'existence d'une négociation⁹³. Mais l'absence de cette dernière peut, en revanche, entraîner l'irrégularité de la procédure de passation. C'est une façon d'encadrer la conception de l'acte. Parfois, cela peut être l'occasion de limiter les marges de manœuvre des autorités administratives. Tel était le cas, en particulier, pour les contrats de plan puisque le Premier ministre adressait un « mandat de négociation » à chaque préfet de région. Non seulement ce procédé consistait à donner des indications financières mais aussi à attirer l'attention de l'autorité déconcentrée sur plusieurs objectifs essentiels à atteindre⁹⁴.

De la sorte, l'absence de négociation ne saurait constituer, sauf disposition législative contraire, une irrégularité. Elle n'empêche pas l'expression du consente-

⁸⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 493. Parmi beaucoup d'auteurs, J. BRÈTHES DE LA GRESSAYE, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, th. Bordeaux, 1921, p. 13 et s. ; D. TRUCHET, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? À propos des catégories juridiques en droit administratif », in *Clé pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 459.

⁸⁹ Ce phénomène pourrait d'ailleurs connaître une progression comme le souhaite le Conseil d'État, v. CE, Rapport public, *Consulter autrement. Participer effectivement*, EDCE, n° 62, 2011.

⁹⁰ J. DONNEDIEU DE VABRES, concl. sur l'arrêt CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, D., 1955, jur., p. 50.

⁹¹ CE Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec., p. 181 ; CE, 23 oct. 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, Rec., p. 500 ; CE, 4 juill. 1975, *Syndicat national du commerce de la chaussure*, Rec., p. 404 ; CE, 4 mars 1991, *District de l'agglomération Belfortaise*, Rec., p. 651.

⁹² F. MODERNE, note sous l'arrêt CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, GP, 1973, I, p. 379.

⁹³ Pour une distinction jurisprudentielle entre la négociation du contrat et la conclusion du contrat : TC, 22 nov. 1993, *Martinucci c/ Ville de Toulouse*, Rec., p. 409.

⁹⁴ V. sur cette question, Y. MADIOT, « Les contrats de plan, une technique juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n° 29), p. 12.

ment des parties. Toutefois, pour les conventions d'administration, l'existence d'une phase de négociation est hautement souhaitable⁹⁵. L'intérêt de ces actes se trouve en effet dans ce processus d'élaboration. On anéantirait ainsi l'ambition partenariale qui anime les conventions d'administration en excluant cette étape préalable puisqu'elle est déterminante pour atteindre un certain « degré d'individualisation »⁹⁶. En tous les cas, lorsqu'une négociation n'est pas prévue, il semble nécessaire de favoriser l'établissement d'un dialogue entre les parties. Ces exigences pratiques ne font cependant pas de la négociation un élément nécessaire pour la formulation des consentements. Seule l'acceptation des parties s'avère primordiale.

§2. L'acceptation comme mode primordial de formulation

78. Au caractère secondaire de la négociation pour l'identification d'un acte conventionnel s'oppose le caractère primordial de l'acceptation. Toujours nécessaire, l'acceptation suffit à formuler le consentement⁹⁷. Toutefois, ce constat élémentaire soulève des difficultés de plusieurs ordres. Admettre qu'un consentement puisse être obtenu par simple acceptation induit, en effet, qu'une partie soit le sujet d'une convention sans en être le rédacteur⁹⁸. Pour autant, ce mode d'élaboration n'affecte pas la notion d'acte conventionnel. Consacré (a), il est néanmoins encadré pour respecter un certain libéralisme conventionnel (b).

a) Un mode consacré

79. La passation des conventions d'administration tempère l'idée selon laquelle les actes conventionnels des personnes publiques se forment souvent par ad-

⁹⁵ V. par ex., au sujet des contrats de plan, l'exposé des motifs de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, reproduit in Ch. Alvergne et P. Musso, *Les grands textes de l'aménagement du territoire et de la décentralisation*, La documentation française, 2003, pp. 244-246 ; v. aussi, J. FIALAIRE, « Les conventions de partenariat entre les collectivités publiques dans le secteur de l'éducation », in *Les contrats et le système éducatif*, 2004, p. 96.

⁹⁶ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 457.

⁹⁷ Cette règle n'exclut pas que les parties puissent prévoir des conditions formelles spécifiques pour faire naître un accord entre elles, CE, 25 mars 2002, *Société GTM-International et Société GTM Réunion, Rec.*, p. 113.

⁹⁸ Il faut distinguer ici les termes de rédacteur et d'auteur, car « la qualité d'auteur d'un acte doit être réservée aux personnes dont la participation est déterminante quant à l'existence de cet acte » (B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDC*, 2010, n° 49). Or l'acte conventionnel n'existe que par l'échange des consentements, ainsi est-il parfaitement possible d'être auteur d'un acte conventionnel sans en être le rédacteur. En outre, c'est pour cette raison qu'il est excessif de considérer qu'une convention rédigée unilatéralement par l'administration manifeste la seule volonté du rédacteur et que le juge interprète la commune intention des parties, et non l'intention du rédacteur.

hésion. Elle pérennise aussi l'adéquation entre la formulation du consentement par acceptation et la qualification d'acte conventionnel⁹⁹.

80. Il est habituel pour l'administration de rédiger seule ses conventions. Elle soumet le texte à son cocontractant pour acceptation sans qu'il soit possible à celui-ci d'en discuter les clauses¹⁰⁰. Pour les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, cette pratique est même « monnaie courante »¹⁰¹. Jean Rivero déplorait quant à lui le fait qu'il n'y avait « plus guère de place, aujourd'hui, que pour des contrats d'adhésion, au sens large du mot »¹⁰². De telles opinions semblent encore valables au vu des modes actuels de conclusion des contrats. En revanche, assez peu de conventions d'administration se nouent par cette technique dans la mesure où la plupart sont négociées. Et lorsque le consentement s'obtient par la seule adhésion, il est possible d'avoir des doutes sur la véritable nature de ces actes. Il en va ainsi du contrat d'accueil et d'intégration¹⁰³, du contrat de responsabilité parentale¹⁰⁴, des conventions conclues avec le CSA en vue de l'autorisation d'utiliser des fréquences hertziennes¹⁰⁵, ou encore des contrats de développement territorial¹⁰⁶.

Sous cet angle, la particularité des conventions d'administration mérite d'être nuancée. Elle s'explique principalement par l'ambition qui anime la contractualisa-

⁹⁹ Tout comme il peut exister une dose d'adhésion dans l'action unilatérale des personnes publiques (J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, p. 91).

¹⁰⁰ B. LEFEBVRE, « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 386 et s. Cela se vérifie pour les contrats privés, v. Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, pp. 363-364.

¹⁰¹ A. LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 67. De même, Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 58 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 158.

¹⁰² J. RIVERO, « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Dr. Soc.*, 1952, p. 658.

¹⁰³ Ce contrat a été institué par l'article 146 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, *JORF*, 19 janv. 2005, p. 864 ; puis rendu obligatoire par l'article 5 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, *JORF*, 25 juill. 2006, p. 11047 ; et complété par un contrat d'accueil et d'intégration pour la famille par l'article 6 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007, *JORF*, 21 nov. 2007, p. 18993.

¹⁰⁴ Ce contrat est régi par l'article L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles. V. not., J. ROCHFELD, « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique » », *RDCO*, 2006 (n° 3), p. 665 et s. ; F. ROLIN, « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le Contrat de responsabilité parentale », *RDCO*, 2006 (n° 3), pp. 851-852 ; F. ROLIN, « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS*, 2007, p. 38 et s.

¹⁰⁵ Cette convention a été instituée par l'article 28 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, *JORF*, 1^{er} oct. 1986, p. 11755. Elle a ensuite été reprise par l'article 13 de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, *JORF*, 18 janvier 1989, p. 728. V. not., CE Ass., 8 avr. 1998, *Société Serv Fun Radio, Rec.*, p. 138.

¹⁰⁶ Art. 21 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF*, 5 juin 2010, p. 10339.

tion. Son essence tient précisément dans une politique participative. Dès lors, recourir à la technique de l'adhésion pour ces actes serait paradoxal. Cela se vérifie pour les contrats de plan. Une exploration de leurs stipulations révèle qu'ils ne procèdent généralement pas d'une simple adhésion¹⁰⁷. D'autres conventions sont susceptibles de confirmer cette idée¹⁰⁸. Au demeurant, l'importance de la négociation pour la formation de ces actes n'empêche pas, le cas échéant, l'insertion de clauses-types. Dans ce cas, la simple acceptation des parties suffit à établir le lien conventionnel. Il existe ainsi une possible mixité au sein de la procédure de formulation des consentements.

81. Malgré ces réserves, les conventions d'administration permettent de relativiser la place de l'adhésion au sein de l'action publique. *A fortiori* s'opposent-elles à la présentation dressée par Georges Péquignot consistant à assimiler tous les contrats administratifs à des contrats d'adhésion. Pour cet auteur, « le contrat administratif n'apparaît [...] pas comme la combinaison de deux volontés égales ; il apparaît comme la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer »¹⁰⁹. Une double métamorphose de la convention altère aujourd'hui cette perception. D'une part, l'utilisation de la convention est commandée par la recherche de négociation. D'autre part, la convention lie de plus en plus souvent les personnes publiques entre elles. Ainsi la prépondérance de l'une des parties est-elle au moins réduite, sinon ruinée. Il paraît donc exagéré de voir dans toute convention publique une convention d'adhésion. La difficulté d'adopter une approche globale de ces pratiques doit inviter à la prudence.

82. L'importance de la négociation pour l'élaboration des conventions d'administration donne l'occasion de souligner qu'elle n'est pourtant pas indispen-

¹⁰⁷ De nombreux auteurs le constatent, F.-X. FORT, « Le bilan des contrats de Plan après deux décennies d'exécution, in *Environnement : les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, pp. 222-223. Toutefois, d'autres auteurs sont plus nuancés, J.-F. JOYE, *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, th., L'Harmattan, 2002, pp. 428-436. Enfin, la haute Assemblée l'évoque dans un arrêt important, CE Sect., 25 févr. 2005, *Association « Préservons l'avenir à Ours Mons Taulbac » et autres*, Rev., p. 83.

¹⁰⁸ V. pour les contrats de ville, M. Marcou note les variations des stipulations en fonction des négociations engagées (G. MARCOU, « Politique de la ville et contractualisation », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, pp. 255-258). De même, J.-M. Pontier mentionne un processus de négociation pour les « conventions territoriales d'effet direct » (J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : Les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1655).

¹⁰⁹ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 260. L'auteur poursuit plus loin : « Le contrat administratif n'est pas une résultante de deux volontés. Il est la *manifestation d'une volonté unique, capable de s'obliger et d'obliger ceux qui consentent à se placer sous sa loi* » (p. 263) (souligné dans le texte).

sable pour l'existence des actes conventionnels. L'unilatéralité de la rédaction d'une convention n'a pas de conséquence sur la nature de l'acte. Comme un acte unilatéral peut être le fait de plusieurs, l'acte conventionnel peut être celui d'un seul. Pour sa conclusion, l'acceptation d'une autre partie suffira. Au début du siècle dernier, des doutes ont été émis sur la nature de ces actes. Pour nier le caractère conventionnel des contrats d'adhésion, Raymond Saleilles a en particulier focalisé son analyse sur « la prédominance d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi »¹¹⁰. Maurice Hauriou a perçu, quant à lui, dans le contrat d'adhésion, « un acte d'adhésion à un service organisé »¹¹¹. Il y voyait en d'autres termes un acte réglementaire¹¹². Sur ce point, l'opinion de Léon Duguit se rapproche grandement de celle de Maurice Hauriou puisqu'il considère cet acte comme « celui par lequel une personne se soumet volontairement à un droit objectif préexistant »¹¹³. Néanmoins, on comprend que ces auteurs ne discutaient pas de la nature de l'acte en raison de la technique de l'acceptation, mais du fond de l'acte. Autrement dit, selon cette présentation, la partie qui adhère n'est pas soumise à des stipulations conventionnelles. Cette formalité ouvre l'application d'un régime réglementaire préalablement défini. C'est donc au terme d'une analyse matérielle que l'acte s'avère assimilable à un acte unilatéral. Un tel raisonnement connaît d'autres applications aujourd'hui. Valant pour les contrats d'agriculture durable¹¹⁴, le Conseil d'État a aussi consacré cette pratique concernant les contrats de recrutement des agents publics¹¹⁵, lesquels se trouvent dans une « situation quasi-réglementaire »¹¹⁶. Toutes ces hypothèses n'excluent cependant pas l'existence de véritables contrats pour lesquelles l'acceptation de l'une des parties est suffisante.

Bien que des doutes puissent persister¹¹⁷, les contrats d'adhésion sont désormais envisagés comme d'authentiques contrats par la majorité de la doctrine¹¹⁸.

¹¹⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 229. V. aussi, J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, th., Sirey, 1905, p. 3 et p. 14.

¹¹¹ M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 23 mars 1906, *Demoiselle Chauvin, S.*, 1908, III, p. 18.

¹¹² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 206.

¹¹³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, p. 371.

¹¹⁴ TA Orléans, 10 avr. 2008, *EARL La Guillonnerie*, *BJCP*, 2008, p. 381, obs. Ph. Terneyre.

¹¹⁵ CE Sect., 31 déc. 2008, *Cavallo, Rec.*, p. 481. V. aussi, CE, 14 juin 2004, *Leplatre, Rec.*, p. 252.

¹¹⁶ F. MELLERAY, note sous l'arrêt CE Sect., 31 déc. 2008, *Cavallo, DA*, 2009 (n° 3), com. 41, p. 30. V. aussi, sur le caractère « hybride » de la situation des agents contractuels, A. BRIMO, « Le fonctionnaire contractuel », *RDP*, 1944, spéc. pp. 124-132.

¹¹⁷ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 613.

Cette pratique n'a pas donné lieu à l'émergence d'une nouvelle catégorie d'actes juridiques ainsi que l'avait suggérée Jean Rivero¹¹⁹. Elle ne bouleverse pas *in fine* les critères qualitatifs. Certes, la philosophie conventionnelle est malmenée par cette pratique mais l'acte est préservé dans ses critères d'identification¹²⁰. En outre, il est parfois préférable d'utiliser cette technique, notamment lorsque les compétences de l'une des parties exigent qu'elle se charge de la rédaction. Il arrive aussi que des impératifs de célérité conduisent à retenir cette solution. Enfin, un simple souci de standardisation peut motiver ce choix. N'étant pas un obstacle à la qualification conventionnelle, l'acceptation appelle néanmoins un encadrement strict car, plus qu'un autre acte conventionnel, celui conclu par la seule acceptation est exposé à des pratiques immorales.

b) Un mode encadré

83. Du point de vue de la formation des conventions, l'acceptation a reçu une consécration tardive. Cela est dû pour partie aux confusions entre des éléments du régime et des critères de qualification. Soulignées autrefois par Georges Ripert¹²¹, ces incertitudes ont participé à rendre difficile l'identification de l'acte conventionnel. Pourtant, celle-ci est apparemment liée à la seule forme juridique¹²². Il est ainsi possible de convenir en exprimant son consentement en dehors de toute procédure de négociation. Bien qu'elle soit admise, cette pratique comporte des risques pour les relations conventionnelles. C'est pourquoi elle bénéficie de plusieurs moyens d'encadrement.

¹¹⁸ Parmi les premiers auteurs à avoir identifié, avec quelques réserves concernant les clauses conventionnelles, le contrat d'adhésion comme un véritable contrat, G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTDcin.*, 1910, p. 530 ; L. JOSSERAND, « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Mélanges É. Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, t. 3, p. 145 et s. Désormais, la doctrine paraît unanime sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 493. De même, « la jurisprudence voit dans le contrat d'adhésion un contrat véritable » (J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 105). V. égal., pour une étude comparée, B. LEFEBVRE, « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 375.

¹¹⁹ J. RIVERO, « Le plan et le droit », in *la planification comme processus de décision*, *Cahiers FNSP*, 1965 (n° 140), p. 125.

¹²⁰ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 132, 1973, spéc. pp. 171-176.

¹²¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 104.

¹²² V. not., J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 435.

84. Tout d'abord, il appartient au juge administratif de restituer la logique conventionnelle en cas de saisine. Pour cela, il interprète la commune intention des parties et non l'intention du seul rédacteur de l'acte. L'apparent décalage entre la rédaction unilatérale de l'acte et sa nature conventionnelle est ainsi atténué. Une fois conclue, la convention échappe à son rédacteur pour redevenir la chose des parties. Peu importe, dès lors, le processus suivi pour élaborer l'acte. Cette méthode permet de ne pas reléguer la partie acceptante à un simple destinataire des stipulations juridiques. Elle est l'un des auteurs de l'acte, au même titre, en principe, que l'ensemble des signataires.

85. Ensuite, l'acceptation peut être envisagée comme une rupture de l'égalité entre les parties. Mais ce principe est largement mythique dans les relations administratives¹²³. Par ailleurs, il importe moins d'assurer l'égalité des parties lors de la formation de l'acte conventionnel que le maintien de l'équilibre conventionnel durant son exécution. Tirant profit des engagements conventionnels, une partie peut légitimement consentir à être inférieure. Comme le soulignait Maurice Hauriou, si « les situations contractuelles peuvent tendre vers l'égalité, elles ne l'impliquent pas nécessairement à leur base. Le contrat est fondé sur le consentement, or on peut consentir à être inférieur et inégal »¹²⁴. Toutefois, cette infériorité doit trouver une compensation dans le bénéfice que tire la partie inférieure de l'acte.

En guise d'illustration, on songe aux contrats de plan conclus entre l'État et les régions. Ils « mettent aux prises deux partenaires de poids inégal »¹²⁵. Certaines conventions d'administration conclues au sein d'une même personne juridique peuvent même résider sur une inégalité structurelle. En effet, il est désormais courant que des conventions soient passées entre ministères, tel le contrat de performances signé le 26 juillet 2007 entre le ministre du budget et le ministre de l'équipement. Malgré la hiérarchie officieuse régnant souvent entre les ministres au sein du gouvernement, il s'agit de conventions horizontales. En revanche, tel n'est vraisemblablement plus le cas lorsqu'existe un lien de subordination entre les parties. Les contrats d'objectifs

¹²³ V. not., L. FAVOREU, « Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. », *AJDA*, 1965, p. 452. Et, ce rapport inégalitaire n'est pas circonscrit aux contrats administratifs. Comme le soulignait M. Long, « le droit public n'a pas le monopole des contrats fondés sur l'inégalité des cocontractants. On en trouve en droit privé, qu'il s'agisse de contrats d'adhésion ou de contrats passés entre firmes de dimensions inégales » (M. LONG, concl. sur CE, 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand Frères*, *AJDA*, 1956, II, p. 427).

¹²⁴ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, Larose et Forcel, 1899, p. 74.

¹²⁵ J. MOREAU, « Les contrats de plan État-région, technique d'aménagement du territoire ? », *AJDA*, 1989, p. 739.

conclus au sein de l'ordre juridictionnel administratif offrent des illustrations topiques de cette inégalité structurelle¹²⁶. En effet, ces actes ont été signés par le Vice-président du Conseil d'État et les présidents des cours administratives d'appel. Or, dans le cadre de l'administration de la justice, le premier semble disposer d'un pouvoir hiérarchique sur les seconds. Il faut bien distinguer cette situation de l'indépendance des juridictions lorsqu'elles tranchent des litiges. Cela n'empêche pas le Vice-président du Conseil d'État d'administrer la justice administrative. Ainsi, ces actes conventionnels reposent sur une inégalité institutionnelle entre les parties. Pour autant, il n'est guère question de dénier à ces actes la qualité de convention. Ils doivent faire l'objet d'un encadrement qui repose sur l'équilibre des stipulations conventionnelles. Ajoutons que le juge administratif, tout en conservant une vision fondamentalement inégalitaire entre les parties, altère ce caractère par l'application de règles favorisant la partie la plus faible¹²⁷. Ce faisant, il ne tire pas un trait sur l'inégalité consubstantielle aux conventions administratives mais se dote des moyens pour rétablir un équilibre dans les relations conventionnelles.

Enfin, les éventuelles pressions subies par la partie adhérente ne constituent évidemment pas des éléments déterminant la qualification des actes. Que la volonté de celui qui accepte soit plus exposée à des manœuvres répréhensibles, cela se comprend. Mais ce constat ne suffit pas à écarter la qualification conventionnelle. Il invite, en revanche, à veiller au contrôle de la moralité des relations. Bien que présentant des particularités¹²⁸, elle régit, de façon discrète, les relations conventionnelles¹²⁹. À cet égard, le droit public, parce qu'il est singulièrement propice aux contrats d'adhésion, doit être doté d'une solide théorie des vices du consentement.

86. En définitive, tout en reconnaissant la multiplication des conventions négociées, il faut admettre que l'acceptation suffit théoriquement à formuler le consentement. Ce dernier apparaît comme l'élément fondateur et commun à toute convention. Toujours présent, son identification est parfois équivoque et son mode d'expression binaire.

¹²⁶ Y. AGUILA, « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les cours administratives d'appel », AJ-DA, 2003, p. 4 ; B. ODENT et D. TRUCHET, *La justice administrative*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 2008, p. 18. V. égal., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 37.

¹²⁷ CE Sect., 11 juill. 2001, *Société des eaux du Nord*, *Rec.*, p. 348.

¹²⁸ J.-M. RAINAUD, « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public ? », *RDP*, 1985, p. 1183 et s.

¹²⁹ F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 77, 2008, p. 33.

87. Conclusion de section. Nécessaire à la constitution de l'acte conventionnel, la formulation des consentements n'est pas univoque. Parce que son existence est rarement examinée de manière détaillée dans la jurisprudence, son analyse s'avère très délicate et repose essentiellement sur des constructions abstraites sans qu'une vérification empirique soit toujours possible. De plus, le pragmatisme du juge complique l'effort de systématisation doctrinale. Il est néanmoins possible de relever, au-delà de la diversité des situations, quelques constantes, dont l'indifférence de la négociation pour la formulation des consentements. Les parties peuvent se contenter d'accepter le contenu d'un texte pour constituer l'acte. D'un point de vue théorique, la négociation n'est jamais une phase indispensable aux actes conventionnels. Loin d'être un critère de qualification, il ne s'agit que d'une méthode d'élaboration aboutissant, le cas échéant, à l'expression des consentements. Le caractère spécifique aux actes conventionnels doit être recherché ailleurs. Dans cette optique, le concept de réciprocité peut éventuellement servir à distinguer les conventions des actes unilatéraux.

Section 2 : Un caractère identique, la réciprocité conventionnelle

88. Comme la doctrine de droit privé, celle de droit public ne fournit pas de différenciation pleinement satisfaisante entre les actes unilatéraux et conventionnels¹³⁰. Le moins que l'on puisse dire est que « la distinction de l'acte unilatéral et du contrat n'a [...] pas toujours la force de l'évidence »¹³¹. Il est entendu que le critère quantitatif ne permet pas de déterminer de façon imparable la nature de l'acte. Le plus souvent, à la pluralité correspond certes la convention et à l'unité la décision. Mais, en théorie, ce postulat s'avère parfois discutable.

Au vu de ces difficultés, il est possible d'examiner la pertinence de la réciprocité pour qualifier un acte conventionnel¹³². Ce critère repose sur l'existence d'un rapport « qui s'exerce à la fois d'un premier terme à un second et du second au pre-

¹³⁰ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 36 et s.

¹³¹ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 67. V. aussi J.-M. CRUCIS, « Notion d'acte administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 106-10, 1996, p. 5 ; S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP*, 2009, p. 22 et s. ; J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 191.

¹³² V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat public », t. 1, 15^{ème} éd., 2001, p. 492. v. égal., H. BELRHALI, *Les coauteurs en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 231, 2003, p. 10.

mier »¹³³. Les conventions internationales traduisent son expression la plus exigeante puisqu'elle est une condition de l'autorité reconnue à l'acte conventionnel¹³⁴. Son utilisation peut cependant être théoriquement limitée à la qualification des conventions. La réciprocité est susceptible de ne servir qu'à l'identification des actes. Commune à l'ensemble des conventions, elle vise, à la fois, les consentements et les stipulations. Il ne suffit pas en effet que les parties consentent l'une envers l'autre (Sous-section 1), encore faut-il qu'elles stipulent aussi l'une envers l'autre (Sous-section 2)¹³⁵. Evoquée par André de Laubadère¹³⁶, cette distinction ne semble pas avoir été consacrée par la doctrine. Pourtant, les spécificités de l'action publique, dominée par les instruments unilatéraux, justifient amplement que les actes soient mieux différenciés.

Sous-section 1 : La réciprocité des consentements

89. Non seulement les conventions reposent sur la formulation du consentement de chacune des parties mais il est indispensable que ces consentements soient échangés par les parties. Cela témoigne d'une véritable réciprocité dans le processus de formation de l'acte¹³⁷. Si ce caractère est souvent évoqué par la doctrine ou par les membres des juridictions administratives¹³⁸, il fait rarement l'objet d'une attention particulière. Pour des raisons imprécises, la littérature juridique le

¹³³ *Le petit Robert*, 2007, p. 2142. V. pour une triple définition de la notion de réciprocité (matérielle, formelle, d'application) : P. SERRAND, « Réciprocité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1299.

¹³⁴ E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, th., LGDJ, coll. « BDI », t. 82, 1980. V. aussi, J.-F. LACHAUME, « Juridiction administrative et contrôle de réciprocité des traités et accords internationaux. Note sous CE Ass., 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach* », *RFDA*, 1999, p. 937 et s. Dans sa note, M. Lachaume met en évidence la dépendance qu'il existe entre la condition de réciprocité et l'autorité conférée aux traités, dans la lignée de la jurisprudence *Rekhou*.

¹³⁵ Comme le relève le rapport du Conseil d'État, « le terme « contrat » devrait être réservé à un croisement d'obligations réciproques », CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 93. Ce qui est juste pour le contrat vaut également pour l'ensemble des actes conventionnels.

¹³⁶ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, pp. 457-458 : L'auteur mentionne tour à tour les « engagements réciproques » et l'« acceptation réciproque ».

¹³⁷ Voilà pourquoi on préférera l'expression « échange de consentements » à celle de « rencontre des consentements ». Cette dernière expression est régulièrement employée indifféremment avec celle d'échange des consentements (A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 139). Pourtant, elle paraît suffisamment imprécise pour viser à la fois la constitution d'actes conventionnels ou unilatéraux. Cette seconde expression demeure moins précise et peu révélatrice de cet aspect de la réciprocité.

¹³⁸ S. DEWAILLY, concl. sur le jugement TA Melun, 1^{er} juill. 2008, *Commune d'Ozoir-la-Ferrière*, *AJDA*, 2008, p. 2345.

mentionne plus souvent qu'elle ne l'étudie. Le silence des auteurs mérite d'être comblé car la réciprocité des consentements pallie l'abandon de certains éléments pour distinguer l'acte conventionnel au sein de l'action administrative.

90. Depuis le début du XX^e siècle, et notamment les travaux menés par Léon Duguit, l'idée que le critère quantitatif manque de fiabilité pour distinguer les actes conventionnels et unilatéraux s'est affermie dans la doctrine. Les carences tenant à la pluralité des volontés ont été dénoncées sans parvenir toutefois à en écarter totalement l'application (a). De même, le critère de la réciprocité des consentements doit être envisagé comme un complément, et non comme un substitut, à celui ordinairement admis (b). Il semble que, pour parer aux difficultés rencontrées, seule la combinaison des critères permet d'atteindre un résultat satisfaisant.

§1. L'imperfection du critère de la pluralité des consentements

91. Le critère de la pluralité des consentements n'a fait l'objet d'une critique systématique probante qu'au milieu du siècle dernier (1^o). Un consensus semble néanmoins établi dans la littérature juridique contemporaine. Le nombre d'auteurs ne suffit jamais à identifier avec certitude la nature d'un acte (2^o). L'acte conventionnel doit donc être analysé au travers d'autres critères plus efficaces.

a) Une préoccupation ancienne de la doctrine

92. Parmi les premiers auteurs à avoir contesté le critère de la pluralité des volontés, Léon Duguit reste celui qui l'a remis en cause avec le plus de conviction. Ce constat est paradoxal dans la mesure où sa théorie des actes s'articule précisément autour de cet élément¹³⁹. L'estimant impropre à caractériser avec certitude la convention, il soulignait que « dans le domaine du droit public, soit interne, soit externe, ont apparu de nombreuses hypothèses où il y a concours de volontés et dans lesquelles cependant on a le sentiment très net qu'on ne peut voir un contrat »¹⁴⁰. À partir de cette constatation, Léon Duguit a édifié une classification tripartite des actes en droit public. Pour lui, il convenait en effet de distinguer du contrat, l'acte collectif et l'union. On y retrouve cette réserve à l'égard de la pluralité des auteurs¹⁴¹. Notons d'emblée que cette tentative est restée largement ignorée du juge administratif. À cet égard, les

¹³⁹ V. aussi, G JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 1, Marcel Giard, 3^{ème} éd., 1925, rééd. Dalloz, 2005, p. 39 et s.

¹⁴⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 373.

¹⁴¹ V. not., D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 17.

quelques références faites à la doctrine duguiste dans le rapport du Conseil d'État pour 2008¹⁴² pourraient surprendre. Toutefois, il ne s'agit pas d'une consécration tardive de la thèse de Duguit par la doctrine organique. Cela dénote plus simplement une convergence de vues. Un consensus semble, en effet, se dégager en faveur d'une définition plus étroite du contrat. Rien n'indique, en revanche, dans cet ouvrage l'intention des auteurs de transposer la classification adoptée par Léon Duguit. Cette attitude paraît raisonnable tant cet ordonnancement est exposé à la critique et ce, malgré le rôle qu'il réserve implicitement à la réciprocité des consentements.

93. Inspirée du droit romain, cette division des actes repose sur une acception stricte du contrat et tenant compte de l'objet ainsi que du but¹⁴³ de l'acte. Pour Léon Duguit l'acte contractuel doit être limité aux situations dans lesquelles la pluralité des volontés s'accompagne d'objets distincts faisant naître un rapport de créancier à débiteur¹⁴⁴. Dès lors, en confrontant cette vision du contrat à l'acte constitutif d'une association, il ne parvient pas à caractériser une « prise de contact entre les diverses volontés qui ont voté les statuts »¹⁴⁵. Il relève aussi que les parties « n'échangent point leurs consentements »¹⁴⁶. Ajoutées à d'autres, ces éléments le conduisent à qualifier la constitution associative d'*acte collectif*. C'est-à-dire une manifestation juridique résultant de la juxtaposition de volontés unilatérales dépourvues de liens entre elles et qui, par conséquent, est exclue de la catégorie des conventions. En revanche, cet auteur estime que des actes peuvent être conventionnels sans être contractuels et les regroupe sous le vocable d'*union*. Conventionnelle parce que fondée sur la réciprocité des consentements, l'union se distingue toutefois du contrat car elle ne donne pas naissance à une situation subjective mais à un *status*. Autrement dit, l'union s'analyse donc comme une convention soumettant les parties à une règle objective¹⁴⁷. A ce titre, elle est également appelée convention-loi.

94. La démonstration de Léon Duguit n'est pas parvenue à emporter l'adhésion de la doctrine et du juge, loin s'en faut. Cette absence de postérité

¹⁴² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 92 et s., p. 126, p. 216, p. 251.

¹⁴³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 388 et s : l'auteur préfère utiliser le terme de but en lieu et place de celui de cause qu'il juge trop équivoque.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 384 et s.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 402.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 402.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 409 et s.

s'explique essentiellement par notion de *volonté collective*¹⁴⁸ et par l'artifice qui consiste à postuler l'existence d'une catégorie mixte d'union. L'analyse du juge se focalise sur les effets de l'acte. Ainsi, peu importe que l'acte repose sur un accord de volontés, cela paraît secondaire pour le juge. Dès lors que les effets sont assimilables à ceux produits par un acte unilatéral, l'acte suivra, le plus souvent, le régime applicable à cette catégorie. On comprend du reste que le juge ne s'embarrasse pas d'une catégorie intermédiaire à laquelle n'est pas adossé un régime propre. Il n'empêche que les travaux de Duguit participent à une meilleure compréhension de l'acte conventionnel. La valeur du critère de la pluralité des volontés y est atténuée, même s'il n'est pas abandonné, et surtout la réciprocité des consentements s'y trouve implicitement consacrée.

95. Deux décennies plus tard, Charles Eisenmann abandonna de façon péremptoire le critère quantitatif. Il est souvent présenté, à cet égard, comme le premier à avoir formulé une critique explicite à l'encontre de ce critère. Jusqu'alors, la doctrine demeurait attachée à la pluralité des signataires tout en mesurant ses limites pour l'identification de l'acte conventionnel. Conserver ce critère apparaissait donc pour la plupart des auteurs comme la solution la moins décevante théoriquement. Au terme d'un examen minutieux, Charles Eisenmann a montré l'imperfection du critère ordinairement consacré dans la littérature juridique. Sans reprendre toutes les étapes du raisonnement, son analyse consiste à souligner le corollaire insoutenable de la doctrine articulée autour du critère quantitatif : dans cette optique, la loi constituerait, elle aussi, un acte plurilatéral¹⁴⁹.

Par conséquent, il propose d'identifier le contrat différemment. C'est un « acte par lequel ses auteurs statuent un système d'obligations-droits dans leurs rapports. Autrement dit, les normes posées par le contrat sont faites pour ses auteurs eux-mêmes ; ils en sont les destinataires, ils en seront les sujets passifs ou actifs »¹⁵⁰. Ces travaux ont été déterminants pour l'abandon du critère quantitatif mais il ne faut pas négliger l'ancienneté de cette préoccupation. En tout les cas, la doctrine est désormais unanime pour constater l'imperfection de la pluralité des auteurs. Le rejet de ce critère s'accompagne d'un déplacement de la distinction. Elle réside dorénavant sur

¹⁴⁸ G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 209 et s.

¹⁴⁹ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 1982-1983, p. 417. V. aussi, P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 187.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 419.

un critère qualitatif et non formel. Il faut, en effet, examiner la qualité des destinataires des énoncés de l'acte ainsi que le souligne la doctrine.

b) Une constatation unanime dans la doctrine

96. Il ne fait guère de doute aujourd'hui que la pluralité des auteurs ne suffit jamais à caractériser un acte conventionnel. Ressort de de la littérature juridique une remarquable unité sur ce point¹⁵¹. Bien que d'une utilisation simple, la doctrine rejette unanimement le critère quantitatif. Il apparait désormais peu efficace et ne reflète plus la pratique. Les discours doctrinaux se sont écartés d'une approche de la convention comme étant l'acte de plusieurs auteurs et l'acte unilatéral comme étant celui d'un seul auteur. À cet égard, on peut s'étonner de trouver dans l'œuvre d'Hans Kelsen les stigmates d'une conception déjà déclinante. Il note en effet : « selon que le fait-acte juridique est constitué par l'acte d'un seul individu ou par les actes de plusieurs individus, on distingue les actes juridiques unilatéraux et les actes juridiques bi- et multilatéraux »¹⁵². Dans le même ordre d'idées, Jean Rivero suggérerait encore, dans la dixième édition de son manuel, l'irréductible lien entre la pluralité des volontés et la nature contractuelle de l'acte¹⁵³. S'il n'était donc pas impossible de relever quelques dissonances au sein de la doctrine, elles apparaissent désormais marginales. L'actuel consensus s'explique par un double constat.

97. En premier lieu, « la pluralité n'est pas absente dans l'édition des actes unilatéraux »¹⁵⁴. Il s'agit de la manifestation la plus ancienne, et la mieux admise, du déclin du critère quantitatif. La décision édictée sur l'accord de plusieurs auteurs constitue en effet une modalité fréquente de l'action administrative¹⁵⁵. Au surplus, la pertinence du critère quantitatif s'est paradoxalement trouvée affaiblie par certaines déductions de ses partisans. Quelques-uns ont soutenu que les actes collégiaux, bien

¹⁵¹ V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 491 et s. ; G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 205 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2006, pp. 263-264 ; H. BELRHALI, *Les coauteurs en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 231, 2003, p. 31 ; A. de LAUBARDÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 55 et s. ; B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 38 et s. ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2008, p. 220 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 236 et s.

¹⁵² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 256.

¹⁵³ J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 1983, p. 114.

¹⁵⁴ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 40.

¹⁵⁵ V. par ex., R. DÉAU, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, th. Angers, 2006 ; H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 299-303.

qu'émanant de plusieurs individus, n'exprimaient qu'une seule volonté, dite *volonté collective*. M. Dupuis a montré la plasticité de cette notion puisque la volonté constitue une *donnée psychologique*. Propre à la personne, elle ne peut se trouver fictivement subsumée lorsque plusieurs individus participent à l'édition de l'acte¹⁵⁶. Cela n'empêche pas de considérer l'acte collégial comme l'expression de plusieurs volontés, celles des membres composant le collège. Mais, d'un point de vue juridique, il est édicté par une seule autorité agissant au nom d'une personne morale. En ne respectant pas cette analyse, on nie la volonté comme donnée psychologique, d'une part, et la compétence de l'organe collégial, d'autre part.

98. En second lieu, l'unité n'est pas improbable dans la conclusion des actes conventionnels. La pratique des conventions d'administration vient en particulier confirmer la modeste fiabilité du critère quantitatif. De tels actes sont parfois conclus au sein d'une personne juridique. Les contrats d'objectifs signés entre le Vice-président du Conseil d'État et les présidents des cours administratives d'appel¹⁵⁷ en offrent une illustration probante¹⁵⁸. Ces autorités dépendent de la même personne juridique. Lorsqu'elles conviennent, elles le font toutes au nom de l'État. Par une sorte de schizophrénie, une seule personne juridique peut ainsi être le siège, en apparence au moins, d'un acte conventionnel. Cette possibilité divise la doctrine¹⁵⁹ et doit faire l'objet de plus amples développements¹⁶⁰. Il reste que, au regard du droit positif, il faut se fier avec précaution à la pluralité des auteurs. Bien que ne recouvrant pas tous les caractères d'un véritable contrat, ces actes pourraient s'analyser comme des actes conventionnels en application du critère de réciprocité.

99. Affirmer que la pluralité des auteurs ne permet plus de saisir l'action administrative ressort de l'évidence. Il arrive en effet qu'un acte unilatéral soit le fait de plusieurs auteurs et, au contraire, qu'un acte conventionnel soit signé par plusieurs entités appartenant à une même personne juridique. En ces hypothèses il s'agit le plus souvent non pas de contrats mais de conventions d'administration dans la me-

¹⁵⁶ G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 209 et s.

¹⁵⁷ V. la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF*, 10 sept. 2002, p. 14934.

¹⁵⁸ Y. AGUILA, « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les cours administratives d'appel », *AJ-DA*, 2003, p. 4 ; B. ODENT et D. TRUCHET, *La justice administrative*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 2008, p. 18. V. égal., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 37.

¹⁵⁹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 445-446.

¹⁶⁰ V. *infra*, n° 265 et s.

sure où ces instruments revêtent des différences matérielles. L'inadéquation du critère quantitatif incite, au niveau de la formation de l'acte, à recourir au concept de réciprocité.

§2. L'utilisation du critère de la réciprocité des consentements

100. Bien qu'elle ne soit consacrée ni par la jurisprudence ni par la doctrine la réciprocité des consentements transparaît dans les discours juridiques. Il est possible de discerner dans les écrits juridiques la présence du critère de la réciprocité des consentements¹⁶¹. Ce critère est toujours latent (1^o) ce qui permet d'en évaluer l'efficacité pour distinguer les actes conventionnels et unilatéraux (2^o).

a) Un critère latent

101. Il arrive que la doctrine renvoie au critère de la réciprocité des consentements ou, de façon plus générique, à celle des volontés¹⁶². Par exemple, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* écrivent que « c'est bien le consentement réciproque des deux parties qui commande l'existence d'une concession »¹⁶³. Le recours à ce critère permet de préciser la manière avec laquelle les parties échangent leur consentement. L'acte conventionnel ne requiert pas simplement de la part des auteurs l'affirmation de leur consentement respectif. Il suppose l'existence d'un mouvement allant de l'une des parties vers l'autre, que seule la réciprocité peut caractériser. En d'autres termes, pour constituer une convention, il revient à chaque contractant d'adresser son consentement aux autres contractants¹⁶⁴.

¹⁶¹ Par ailleurs, la réciprocité est mentionnée à quelques reprises dans le Code civil. V. not. l'art. 1589 : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». Cela peut autoriser un rapprochement logique des notions en droit privé et en droit public.

¹⁶² V. par ex., A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges L. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 214 ; M. STAUB, *L'indivisibilité en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 197, 1999, p. 456 : « nous positionnant dans le domaine contractuel, marqué par la réciprocité des consentements, on ne saurait éluder la question annexe de la question de la bilatéralité du critère subjectif » (nous soulignons). V. égal., M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 129 : l'auteur utilise l'expression de « consentement mutuel » qu'il est possible de rapprocher de l'idée de réciprocité.

¹⁶³ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 291.

¹⁶⁴ A. RIEG, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *APD*, 1968 (n^o 13), p. 40 : « Par définition, celle-ci [la déclaration] a été adressée à une autre personne, au cocontractant dans le cas du contrat, qui lui aura attaché une certaine signification » (nous soulignons). V. impl., G. JÈZE, *Cours de droit public. Théorie générale des contrats de l'administration, formation et exécution*, Marcel Giard, 1931, p. 1 : l'auteur évoque un « accord bilatéral de volontés » (souligné dans le texte). V. part., pour une étude portant sur l'influence du consensualisme sur l'élaboration du contrat, V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 480, 2007, p. 448 et s.

102. La plupart du temps, ce critère ne fait que transparaître des écrits juridiques. Il s'analyse ainsi comme un critère à l'état latent. En effet, bien qu'ils ne l'énoncent pas explicitement, plusieurs auteurs en suggèrent l'existence. Vraisemblablement, Hans Kelsen compte parmi ceux-ci puisqu'il note que « pour qu'un contrat voie le jour, il faut que l'une des parties ait *déclaré sa volonté à l'autre, et que l'autre l'accepte dans la déclaration qu'elle a faite à son tour à l'intention de la première* »¹⁶⁵. En soulignant la direction vers laquelle les parties doivent déclarer leur volonté, il prend acte qu'une convention naît d'une réciprocité des consentements. Cet auteur traduit une sorte de *navette des consentements* entre les futures parties. Un tel processus diffère nettement de la constitution d'un acte unilatéral qui peut résulter d'un concours de volontés exprimées par des auteurs regardant vers la même direction¹⁶⁶. Dans cet énoncé, Hans Kelsen réserve ainsi une grande importance à la situation des parties. Est mise en évidence, au-delà du nombre d'auteurs, « la position réciproque des participants à l'acte »¹⁶⁷. Ainsi, une indication sur la nature de l'acte peut être donnée sans qu'il soit nécessaire d'examiner le contenu de l'acte, par l'observation du seul contexte. C'est précisément la signification qu'il faut attacher à la formule imagée, et sans doute contestable du point de vue du solidarisme contractuel, de Charles Eisenmann selon laquelle « un acte est dit [...] bilatéral ou multilatéral si ses auteurs sont de *deux ou plusieurs côtés*, s'ils s'affrontent les uns les autres »¹⁶⁸.

103. Admise implicitement, la réciprocité conventionnelle ne fait toutefois pas l'objet d'une consécration argumentée. Les motifs de cette carence sont de plusieurs ordres.

Peut-être cela résulte-t-il, tout d'abord, de l'influence exercée par la doctrine civiliste sur la définition du contrat. Les auteurs privatistes envisagent souvent l'acte conventionnel pour lui-même. Il ne s'agit pas tellement de rendre compte de ses différences avec l'acte unilatéral. Au contraire, la doctrine de droit public oppose la plupart du temps les actes conventionnels et unilatéraux. Les recherches générales

¹⁶⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 257 (nous soulignons). V. égal., P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 191.

¹⁶⁶ Un constat semblable a pu être dressé en droit privé. V. not., Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, th., LGDJ, BDP, t. 502, 2009, pp. 106-107.

¹⁶⁷ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982-1983, t. 2, p. 202. Similairement, à la question de savoir sur quelle donnée la distinction entre l'acte unilatéral et plurilatéral repose, Charles Eisenmann répond que « c'est, peut-on dire, sur la position réciproque des auteurs de l'acte. Ils ne seront pas dans la même position réciproque selon qu'on a affaire à un acte unilatéral ou à un acte bilatéral » (Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982-1983, t. 1, p. 420).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 202 (nous soulignons).

portant sur l'acte adoptent, consciemment ou non, comme centre de gravité l'acte décisoire. Or il est fort possible que l'effort de distinction des catégories suppose une investigation plus fouillée. Il amplifie les spécificités catégorielles, chose que ne permet pas toujours une définition de l'acte conçu isolément. Aussi, il semble que la rareté des analyses relatives à la réciprocité trouve une justification dans une approche sectorielle des actes. Elle résulte d'un choix méthodologique conditionné par un contexte juridique donné.

Un deuxième motif justifie le paradoxe qui touche ce critère. Il est relié à la construction jurisprudentielle du droit des conventions publiques. Alors que le droit des conventions privées repose fondamentalement sur les textes, les conventions publiques sont le fruit d'une lente maturation jurisprudentielle, par un processus de sédimentation de décisions successives. Ce mode d'édification du droit peut présenter l'inconvénient de dissimuler certaines étapes du raisonnement. *L'imperatoria brevitatis* du juge administratif contribue, en effet, à masquer certaines données, même si la jurisprudence tend à moins utiliser ce procédé. Par soucis pédagogique, elle cherche à mieux expliciter le raisonnement suivi. Il n'en demeure pas moins que le rôle accordé à la réciprocité reste énigmatique. Tel est le cas lorsque le juge ne s'attarde pas sur la qualification conventionnelle pour se concentrer sur l'espèce contractuelle en cause. Il se borne à par exemple constater qu'il « résulte tant de ces dispositions législatives que de son contenu que cette convention a un caractère contractuel »¹⁶⁹. Une investigation plus approfondie mérite ainsi d'être menée pour évaluer le rôle accordé dans la jurisprudence à la réciprocité des consentements.

Enfin, l'absence de consécration de la réciprocité des consentements pourrait trouver une dernière explication dans un manque d'efficacité. Le caractère réciproque correspondrait plus volontiers à un sentiment, à une impression, qu'à un procédé facilement identifiable par l'observation scientifique. Il serait possible, à ce titre, de juger ce critère insuffisamment juridique pour définir l'acte conventionnel. Légitime, une telle réserve mérite cependant d'être écartée. D'une utilisation malaisée, la réciprocité peut, au moins, contribuer à la qualification des actes conventionnels en jouant un rôle supplétif. C'est-à-dire en intervenant au soutien des critères

¹⁶⁹ CE, 18 févr. 2009, *Association comité CSG, Rec.*, tab., p. 824. V. aussi, dans le cadre de la qualification d'un contrat d'intégration, le Conseil d'État semble avoir tenu pour acquise l'existence d'un contrat, ce qui n'était vraisemblablement pas douteux mais aurait pu faire l'objet de quelques précisions, pour se concentrer sur la question de savoir si cet acte conventionnel constitue bien un contrat d'intégration. V. CE Ass., 2 juill. 1982, *Mme Eynaud, Rec.*, p. 259 : « qu'il ressort de l'ensemble des stipulations de ce contrat que celui-ci constituait le contrat d'intégration prévu dans la loi précitée du 6 juillet 1964 ».

classiques. Dès lors, son efficience, et donc l'utilité de sa consécration, pourrait être compromise et doit être particulièrement défendue.

b) Un critère efficient

104. Dans plusieurs situations, la réciprocité permet de caractériser efficacement les actes conventionnels. Lorsque la nature d'un procédé n'est pas certaine, il est possible de recourir à cet élément afin de déterminer la qualification juridique la plus adéquate. Pour cela, il convient de vérifier si les consentements ont été exprimés de manière réciproque. Cela requiert l'appréciation, certes peu juridique, de la direction dans laquelle les consentements sont exprimés¹⁷⁰. S'ils présentent une réciprocité, la nature conventionnelle de l'acte peut vraisemblablement être établie. *A contrario*, le fait que les consentements concordent, qu'ils ne soient pas échangés, suggère la nature unilatérale de l'acte. D'emblée, il faut dissiper une possible confusion. L'appréciation de la réciprocité s'opère non sur l'acte conclu mais sur la manière de le conclure. Ainsi est-il évident que les parties s'accordent sur la nature de l'acte, s'entendent sur le fait de signer une convention¹⁷¹. Cette intention commune ne saurait toutefois exclure la réciprocité des consentements et altérer l'efficience de ce critère. Il est possible de vérifier son intérêt en mentionnant plusieurs illustrations.

105. Dans le domaine social, les conventions de « contrat emploi-formation »¹⁷² ont permis de souligner l'utilité de la réciprocité des consentements, envisagée comme un élément entrant dans le processus de qualification. C'est notamment au regard de cet aspect que le Conseil d'État a qualifié ces actes de contrats dans un arrêt *Société Saden*, rendu le 23 septembre 1987¹⁷³. Comme le relèvent avec raison des membres de la juridiction administrative, « la solution de l'arrêt pouvait [...]

¹⁷⁰ M. H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration », *RTD Civ.*, 1993, p. 247 : « L'existence du consentement suffit à caractériser le contrat. Celui-ci ne tient sa qualité et sa valeur, ni de son contenu, ni des conditions dans lesquelles ses clauses ont été élaborées. Seules importe l'extériorisation réciproque des volontés car il n'y a d'accord concevable que sur des volontés manifestées » (nous soulignons).

¹⁷¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 257 : « Pour qu'un contrat voie le jour, il faut que se produisent des déclarations de volonté concordantes des parties contractantes, déclarations aux termes desquelles les parties veulent la même chose. Ce fait crée une norme dont le contenu est déterminé par les déclarations concordantes ».

¹⁷² Décret n° 82-804 du 22 sept. 1982, *JORF*, 23 sept. 1982, p. 2843.

¹⁷³ CE, 23 sept. 1987, *Société Saden*, *Rec.*, p. 292.

se justifier en égard [...] au caractère de réciprocité très affirmé du contrat »¹⁷⁴. Certes, les commentateurs visent en particulier ici le caractère réciproque des engagements mais celui des consentements n'est pas absent de leur étude. Cet aspect semble avoir joué dans la qualification retenue¹⁷⁵.

Une illustration plus probante est fournie par une convention entre personnes publiques. Afin d'établir l'existence d'un contrat liant une commune et un syndicat d'agglomération, le Conseil d'État a jugé que par des délibérations respectives « les deux parties ont [...] fixé les conditions de remboursement anticipé de la dette de la commune à l'égard du syndicat ; que ces deux délibérations, *échangées entre les parties et agréées réciproquement*, doivent être regardées comme définissant leurs nouvelles obligations contractuelles »¹⁷⁶. Cette jurisprudence est particulièrement significative de la place accordée par le juge administratif au critère de réciprocité des consentements. Sans doute une formulation aussi explicite que celle-ci est-elle rarissime. Cela n'affecte toutefois pas l'importance, tant théorique que pratique, de la consécration de cet élément.

Enfin, à l'occasion d'un contentieux relatif à une promesse unilatérale, la Cour de cassation a, elle aussi, affirmé le rôle essentiel joué par la réciprocité des consentements. Dans un arrêt du 15 décembre 1993, elle a jugé que « la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, *excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* »¹⁷⁷. Pour ce motif, aucun contrat ne pouvait être identifié par la Cour. Bien que cette jurisprudence ait soulevé des critiques relatives à la rétractation du promettant, elle rend compte de la convergence des jurisprudences administratives et judiciaires. Les juges s'accordent en effet sur la nécessité théorique de la réciprocité des consentements.

¹⁷⁴ M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE, chron. sous l'arrêt CE, 23 sept. 1987, *Société Saden*, *AJDA*, 1987, p. 589 (nous soulignons).

¹⁷⁵ V. cependant, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 492 et s. M. Chapus a pu rapprocher ces conventions d'actes unilatéraux élaborés sur la base d'un accord. Il convient d'écarter cette opinion car elle confronte deux procédés très différents tant du point de vue théorique que pratique. En effet, les conventions « contrat emploi-formation » visaient à établir une relation réciproque entre l'État et une entreprise, à l'initiative de cette dernière, qui s'engageait à employer des salariés sous un régime permettant la formation afin de bénéficier d'une aide publique. Cela diffèrait sans nul doute des conventions passées entre les caisses nationales et les syndicats de praticiens pour la fixation des honoraires, qui valent pour la branche professionnelle. Dans cette hypothèse, il s'agit de régler l'exercice d'une profession et non d'établir une relation subjective entre plusieurs parties. Voilà pourquoi l'approche retenue par M. Chapus ne semble pas convaincante ici.

¹⁷⁶ CE, 5 oct. 2005, *Commune de Maurepas*, *Rec.*, tab., p. 969 (nous soulignons).

¹⁷⁷ Cass., 3^{ème} civ., 15 déc. 1993, *Cts Cruz c/ Mme Godard*, *JCP G*, 1995, jur., 22366, note D. Mazeaud (nous soulignons).

106. Toutes ces illustrations traduisent l'efficacité de ce critère. Pour autant, on ne saurait en déduire qu'il suffit à caractériser une convention. Cette opération semble répondre à une analyse plus complexe. De prime à bord, lorsque la réciprocité des consentements est présente une forte présomption joue en faveur de l'acte conventionnel. Celle-ci peut néanmoins être confirmée, ou infirmée, par d'autres éléments dont la réciprocité des stipulations. Il n'empêche qu'elle donne une indication précieuse sur la qualification juridique. Ainsi, les actes unilatéraux édictés par plusieurs auteurs ne comportent pas, en principe, une expression réciproque des consentements. Chacun consent à l'acte sans que l'on puisse établir un lien entre ces actions¹⁷⁸. Si les auteurs s'entendent sur le contenu, l'acte ne procède pas véritablement d'un échange des consentements, d'un engagement vis-à-vis de l'autre. Par exemple, lorsqu'un arrêté interministériel est adopté, il ne s'agit pas pour les coauteurs de consentir l'un envers l'autre. Ils exercent simplement une compétence juridique partagée¹⁷⁹.

107. D'autres hypothèses révèlent toutefois les limites tenant à l'efficacité de la réciprocité des consentements. Tel est le cas lorsqu'un acte unilatéral repose sur un accord entre plusieurs auteurs. Il paraîtrait alors illogique d'exclure le caractère réciproque de l'expression des consentements. La nature de l'acte semble ainsi indéterminable, à ce stade, compte tenu des similitudes entre les procédures d'élaboration¹⁸⁰. Tout au plus est-il possible de faire valoir une double objection. D'une part, les parties ne sont pas toujours envisagées comme les auteurs de l'acte final. Quand l'accord se confond *in fine* avec la décision administrative¹⁸¹, seule l'autorité habilitée à prendre cet acte en est effectivement l'auteur, comme en attestent par exemple les accords de prix¹⁸². Il semble alors impossible d'entrevoir la

¹⁷⁸ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 46.

¹⁷⁹ Par exemple, un arrêté relatif à l'utilisation de nutriments dans la fabrication de compléments alimentaires peut requérir la signature des ministres chargés de la consommation, de l'agriculture et de la santé en raison de leur domaine de compétence respectif, sans que l'on puisse toutefois établir une quelconque réciprocité de leur consentement. V not., CE, 17 déc. 2007, *Société Solgar Vitamin's France, Rec.*, p. 500). V. encore, CE, 3 oct. 2003, *Commune de Ramatuelle, Rec.*, tab., p. 624.

¹⁸⁰ V. pour une approche différente, J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 222.

¹⁸¹ Il faut noter ici que ce cas de figure est différent de l'approbation par un acte réglementaire d'un accord. Dans cette hypothèse, l'acte conventionnel ne subit pas de transformation concernant sa nature, mais produit des effets réglementaires dès lors qu'il est approuvé. V. en ce sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 121 et s.

¹⁸² CE Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, Rec.*, p. 181 ; CE, 23 oct. 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien, Rec.*, p. 500 ; CE, 4 juill. 1975, *Syndicat national du commerce de la chaussure, Rec.*, p. 404 ; CE, 4 mars 1991, *District de l'agglomération Belfortaine, Rec.*, p. 651.

moindre réciprocité. L'acte réglementaire subsume juridiquement l'accord et, par conséquent, les consentements exprimés qui ne traduisent guère plus qu'une simple exigence de l'ordre politique. D'autre part, admettre le lien réciproque suppose, en principe, que l'acte ne puisse être modifié que par voie d'avenants. Or pour les conventions produisant des effets réglementaires cette règle souffre de nombreuses exceptions. Il n'est pas rare ainsi qu'une convention signée entre une caisse nationale et des organisations professionnelles soit modifiée sans le consentement des signataires initiaux. M. Le Chatelier a insisté sur cette spécificité¹⁸³. Cela permet de souligner que le lien unissant les parties n'emporte pas tous les effets liés à la réciprocité des consentements. Lorsque certains consentements ne sont pas nécessaires à la conclusion de l'accord initial, il est légalement possible de s'en dispenser pour modifier l'acte conclu. De la sorte, la réciprocité s'avère plus apparente qu'effective au sein de ce processus. Altérant la réciprocité, celle-ci rend l'élaboration et la modification des actes plus souple pour l'administration. Pour des motifs d'intérêt général, la flexibilité de la négociation importe autant que l'adaptation de l'état du droit, quitte à ce que cela soit par la voie unilatérale¹⁸⁴.

108. La réciprocité des consentements exprimés par les auteurs apporte souvent une indication fiable sur la nature de l'acte. Elle ne suffit certes pas, dans certains cas, à différencier les actes conventionnels et unilatéraux. Son utilisation permet néanmoins de distinguer selon que l'acte plurilatéral est pris ou non sur la base d'un accord formalisé. Afin de parfaire l'identification des conventions, il est donc souhaitable de se reporter à un autre aspect de la réciprocité conventionnelle : la réciprocité des stipulations.

¹⁸³ G. LE CHATELIER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 17 déc. 1993, *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, *AJDA*, 1994, p. 63. V. aussi G. LE CHATELIER, concl. sur l'arrêt CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*, *RFDA*, 1995, p. 645.

¹⁸⁴ Lorsque le commissaire semble consacrer la nature pleinement contractuelle de l'acte en estimant que « la reconnaissance ici du caractère contractuel de l'acte nous paraît constituer une des garanties essentielles dont disposent les signataires de la convention, empêchant les pouvoirs publics de n'agréer que les dispositions qui les satisfont dans le texte conventionnel » (*ibid.*, p. 66), il ne s'agit pas de qualifier l'acte, mais plutôt de préserver la chose négociée afin de ne pas ruiner le processus. Emprunter un raisonnement offrant des garanties comparable à l'acte contractuel, ou s'inspirer de ce raisonnement, n'a pas automatiquement pour effet de qualifier l'acte. Il y a là un grand pas qu'il ne nous semble pas raisonnable de franchir. Au surplus, les conclusions d'autres commissaires contredisent largement cette affirmation. Enfin, pour certains auteurs, la jurisprudence administrative tend même à nier l'existence d'une convention dans le cadre des accords de prix (P. BRUNET, « Le conflit des qualifications : le cas des actes réglementaires « en forme de conventions » », *RDCO*, 2005-2, p. 439).

Sous-section 2 : La réciprocité des stipulations

109. Si l'acte conventionnel se définit bien par le rapport subjectif et réciproque¹⁸⁵ qu'il crée entre plusieurs parties, en droit administratif ce principe est appliqué avec de nombreux aménagements. La réciprocité des stipulations connaît en effet des variations préoccupantes pour la cohérence même de ce concept. L'examen de nombreuses conventions d'administration conforte cette observation. Ces procédés contiennent souvent des clauses produisant des engagements envers une seule des parties ou déployant des effets à l'égard de tiers. Aussi les tentatives de systématisation des actes conventionnels risquent-elles de rester vaines si la valeur de la réciprocité des stipulations n'est pas réaffirmée. Cela suppose de s'interroger sur la consécration de celle-ci comme critère de qualification des conventions. En d'autres termes, il convient de relever les motifs qui justifieraient l'utilisation de cet élément dans le processus d'identification, sans nécessairement le substituer au critère qualitatif. Compte tenu de la complexité de l'action administrative, il paraît largement illusoire de s'en tenir à un seul critère de détermination (§1). Plusieurs obstacles théoriques doivent ensuite être levés pour admettre le bien-fondé de cette utilisation. Le recours à la réciprocité des stipulations implique, en somme, d'en poser les conditions (§2).

§1. Consécration de la réciprocité des stipulations

110. Bien que la qualité du destinataire d'un énoncé juridique offre, le plus souvent, d'excellents résultats, ce critère semble remis en cause par la pratique. En certaines circonstances, il se révèle inadéquat pour distinguer l'acte conventionnel de l'acte unilatéral (a). La réciprocité des stipulations fournit en cette hypothèse un palliatif efficace. Dès lors, il peut sembler paradoxal que la doctrine admette son existence sans l'envisager comme un critère applicable (b).

a) La faillibilité du critère qualitatif

111. Historiquement, le critère de la qualité du destinataire d'un énoncé juridique a été dégagé pour pallier les insuffisances de la pluralité des auteurs de l'acte. Il servait avant tout pour signifier qu'un acte unilatéral pouvait avoir plusieurs auteurs.

¹⁸⁵ V. par ex., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 99 ; F. DIEU, concl. sur le jugement TA Nice, 22 déc. 2006, *Société Vigitel c/ commune de Fréjus*, *Annales de la voirie*, 2007 (n° 119), p. 132 : « la conclusion d'un contrat entraîne la naissance d'obligations réciproques entre les parties » ; A. BOYER, « Libéralisme et contractualisation », in Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2003, p. 401.

En définitive, il s'agissait d'extraire les phénomènes unilatéraux de la catégorie des actes conventionnels. Jusqu'alors, le critère du nombre d'auteurs était satisfaisant pour les conventions dans la mesure où l'on ne concevait pas leur conclusion au sein d'une même personne juridique. Tel n'est plus le cas désormais. Aussi est-il nécessaire de réexaminer l'infailibilité du critère qualitatif à propos des actes unilatéraux (1°) et conventionnels (2°).

1° Une faille mineure : la qualification des actes unilatéraux

112. « L'acte unilatéral, écrit M. Dupuis, est une décision dont la valeur juridique est indépendante du consentement de ses destinataires »¹⁸⁶. *A contrario*, on doit donc considérer l'acte conventionnel comme celui dont la valeur juridique dépend du consentement de ses destinataires¹⁸⁷. C'est-à-dire des parties, en principe, qui sont à la fois auteurs et destinataires des stipulations. Cette distinction doit être vérifiée dans le cadre de l'étude de la réciprocité des stipulations car elle est fondée sur le rapport entre un énoncé juridique et son sujet. Cependant, il ne s'agit là que d'un simple rapprochement puisque les développements qui suivent portent davantage sur le rapport entre plusieurs énoncés juridiques.

113. Diverses critiques peuvent être émises à l'encontre de cette distinction pourtant généralement admise. Affecté par la pratique, le critère qualitatif « semble globalement inefficace à rendre compte de l'ensemble du droit positif. Certaines normes supposant le plein accord de leurs sujets s'y vérifient en effet comme de bons spécimens d'unilatéralité »¹⁸⁸. Cependant, il faut objecter qu'en ces situations le sujet consentant est rarement analysé comme un auteur. En effet, son consentement est parfois souhaitable, voire logique lorsqu'il s'agit de décisions favorables aux destinataires¹⁸⁹, ou même requis comme une obligation formelle¹⁹⁰. Mais cette unique

¹⁸⁶ G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 205.

¹⁸⁷ Dans la pensée positiviste, il faut comprendre l'utilisation de l'expression « valeur juridique » comme signifiant validité objective de l'acte. Sur ce point, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, pp. 24-31. V. pour une application de cette méthode d'identification pour les conventions collectives, qui contiennent des clauses dont les destinataires ne sont pas les parties à l'acte, Th. REVET, « Le contrat-règle », in *Libre droit. Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 923 ; P. BRUNET, « Le conflit des qualifications : le cas des actes réglementaires "en forme de conventions" », *RDCO*, 2005-2, p. 442.

¹⁸⁸ D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 18. V. aussi, D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contrats administratifs (Contentieux des) », *RDCA*, 2000, n° 8-9.

¹⁸⁹ Par exemple, ce peut être le cas dans le cadre de certaines modalités d'avancement des fonctionnaires. De même et surtout, lorsqu'un bénéficiaire a sollicité une autorisation administrative, il est évident qu'il consent préalablement à la décision. On ne pourra pas cependant le considérer comme un auteur de l'acte et en déduire que le destinataire étant consentant, l'acte ne peut être unilatéral. D'ailleurs, le Conseil d'État a eu

constatation n'affecte pas la nature de l'acte. Celle-ci demeure attachée à la compétence de l'autorité administrative¹⁹¹, laquelle est seule habilitée à édicter l'acte. Le consentement du destinataire s'avère, dès lors, superfétatoire d'un point de vue juridique. De la sorte, cette critique n'altère pas vraiment l'autorité du critère qualitatif.

114. Au-delà de cette critique générale, il arrive parfois qu'un acte unilatéral ait pour destinataire l'auteur de l'acte¹⁹². Dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, une autorité administrative peut, en effet, adopter un guide afin d'orienter ses décisions futures. On reconnaît ici le procédé des directives consacré par la jurisprudence du Conseil d'État¹⁹³. Habituellement, si les directives sont édictées par un organe à destination d'une entité hiérarchiquement subordonnée¹⁹⁴, il arrive qu'elles visent l'autorité qui les a élaborées¹⁹⁵. Une illustration probante est fournie par la jurisprudence fondatrice *Crédit foncier de France*. Le juge administratif y indique que « pour refuser l'allocation mentionnée à l'art. 6 du règlement général du 27 avr. 1946, la commission nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives, par lesquelles elle entendait [...] définir des orientations générales en vue de diriger les interventions du fonds »¹⁹⁶. Cette rédaction témoigne, sans nul doute, de

l'occasion de rappeler ce principe implicitement au sujet des autorisations de radiodiffusion conférées par le CSA. Lorsque le bénéficiaire d'une autorisation de diffusion fait une demande de reconduction auprès de l'autorité administrative, il consent inmanquablement à cette reconduction, mais il appartient seulement à l'autorité d'édicter la décision. De la sorte, seul le consentement de l'auteur compte pour l'identification de l'acte. V. CE, 15 févr. 1999, *Société SERC Fun radio*, Rec., tab., p. 1004.

¹⁹⁰ CE, 21 déc. 2007, *Clinique Saint-Roch*, Rec., tab., p. 636. Cette décision porte sur un mécanisme curieux d'avenant tarifaire à un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens en matière de santé, dont la nature est unilatérale, à l'inverse de la nature habituelle des avenants, et qui doit être signé par son destinataire.

¹⁹¹ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 52.

¹⁹² Ainsi que le relève Kelsen, v. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 53 et s. V. aussi, P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 286.

¹⁹³ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, Rec., p. 750 ; CE, 20 janv. 1971, *Union départementale des soc. mutualistes du Jura*, Rec., p. 45 ; CE, 27 oct. 1972, *Min. de la santé c/ Dlle Ecarlat*, Rec., p. 682 ; CE Sect., 26 juin 1973, *Soc. Géa*, Rec., p. 453 ; CE, 12 nov. 1986, *Winterstein*, Rec., tab., p. 338 ; CE, 12 déc. 1997, *Office national interprofessionnel des fruits légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR)*, Rec., tab., p. 676 ; CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec., p. 193.

¹⁹⁴ V. not., CE, 12 nov. 1986, *Winterstein*, Rec., tab., p. 338 : « le ministre de la justice pouvait, dans l'exercice de son autorité hiérarchique, donner des directives aux chefs d'établissements pénitentiaires quant à l'attitude à observer, en principe, à l'égard des détenus classés comme « particulièrement signalés », notamment lorsque leur cas serait évoqué au sein de la commission d'application des peines, à laquelle siège le chef d'établissement » ; CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec., p. 193.

¹⁹⁵ En ce sens, par exemple, F. CHEVALIER, *Contribution à l'étude des actes directifs*, th. Paris II., 1976, p. 193.

¹⁹⁶ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, Rec., p. 750. Cette spécificité est d'ailleurs mise en évidence par le commissaire du gouvernement dans la problématique générale qui guide ses conclusions : « Quelle valeur doit être reconnue aux circulaires, instructions ou directives, par lesquelles une autorité administrative in-

la possibilité pour une autorité d'encadrer son propre pouvoir discrétionnaire¹⁹⁷. Certes, il est possible d'objecter que ces orientations valaient aussi pour les commissions départementales mais ce constat n'obère pas la critique. Il s'agit bien d'un acte dont l'auteur est également l'un des destinataires. En quelque sorte, on peut aborder ces directives comme constitutives d'un *acte unilatéral réfléchi*, c'est-à-dire dont les dispositions s'appliquent à leur auteur. Comme l'a souligné M. Delvolvé, « il revient [à toute autorité administrative] de se proposer à elle-même les orientations générales en fonctions desquelles elle arrêtera ultérieurement chacune des mesures qu'il lui revient de prendre »¹⁹⁸.

115. Lorsqu'une telle confusion est constatée entre l'auteur et le destinataire d'un acte, la qualification d'acte unilatéral à l'aide du critère qualitatif peut être particulièrement malaisée. En effet, il ne s'agit pas ici pour l'autorité administrative de respecter l'adage *tu patere legem quam ipse fecisti*. Elle se soumet à la ligne de conduite qu'elle s'est fixée. Sans doute, *in fine*, ces directives impliquent l'édiction de décisions individuelles au profit de tiers. Aussi pourrait-on estimer que ces orientations sont indirectement à destination de ces derniers qui peuvent d'ailleurs s'en prévaloir. Toutefois, ce serait oublier l'appréciation que suppose le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Elle ne peut être ignorée et justifie que l'on envisage ces directives comme ayant pour destinataires des autorités administratives.

116. Ainsi, il arrive que les effets directs d'une directive soient circonscrits à l'auteur de l'acte par une pratique d'auto-encadrement du pouvoir discrétionnaire. En dépit de la rareté des exemples jurisprudentiels, cela ne préjuge en rien de l'utilisation de ce procédé au sein des administrations. Cette constatation incite à douter de l'infaillibilité du critère qualitatif pour l'identification des actes unilatéraux. Les directives rendent-compte des imperfections marginales du rapport auteur/destinataire pour identifier l'unilatéralité d'un acte. Il ne s'agit en aucun cas de

vestie du pouvoir de prendre de façon discrétionnaire des décisions individuelles soumet elle-même l'exercice de ce pouvoir à des règles de fond ? » (L. BERTRAND, concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750 et s).

¹⁹⁷ C'est précisément ainsi que Maurice Hauriou envisageait la directive : « Cette intention d'agir dans un certain esprit, affirmée par un pouvoir discrétionnaire, est ce que l'on appelle une directive, c'est-à-dire une règle que le pouvoir s'impose à lui-même. Il ne faut pas croire, en effet, qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles : c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles » (M. HAURIU, note sous l'arrêt CE, 17 juill. 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France c/ Banque de France*, *S.*, III, p. 33).

¹⁹⁸ P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 461. V. égal., J. BOULOUIS, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les « directives » », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 198 : « le destinataire peut être l'auteur lui-même, un organe, une autorité ou une instance soumise à son pouvoir hiérarchique ».

proscrire l'utilisation de ce critère. Dans la très grande majorité des situations, son efficacité a été éprouvée. Elle justifie l'adhésion de la doctrine, tout autant que le maintien de ce critère. Il reste cependant qu'il n'est pas totalement satisfaisant. À la faillibilité mineure du critère qualitatif pour identifier les actes unilatéraux s'ajoutent d'autres insuffisances. Celles-ci affectent plus durement son efficacité s'agissant, cette fois, des actes conventionnels.

2° Une faille majeure : la qualification des actes conventionnels

117. L'application du critère portant sur la relation entre auteurs et destinataires conduit à admettre que « si les auteurs de l'acte sont aussi ses *destinataires exclusifs*, par le fait qu'ils se sont engagés exclusivement l'un envers l'autre, l'acte est contractuel »¹⁹⁹. Cette assertion est théoriquement fondée et correspond souvent à la pratique conventionnelle. Elle témoigne de l'application du principe de l'effet relatif, rappelé par l'article 1165 du Code civil²⁰⁰, aux contrats administratifs²⁰¹. Comme en droit privé, l'effet relatif régit par principe l'exécution de ces actes²⁰². C'est-à-dire que les stipulations contractuelles doivent avoir pour destinataires les parties, cela impliquant que les tiers ne puissent légalement être visés²⁰³. Indépendante de

¹⁹⁹ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 45 (nous soulignons).

²⁰⁰ Art. 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article ».

²⁰¹ On peut trouver des manifestations du principe de l'effet relatif des conventions dans la jurisprudence administrative. En ce sens, le Conseil d'État a jugé, au début du XX^e siècle, que les parties à un contrat de concession ne sont tenues que par les stipulations du contrat qu'elles ont conclu. *A contrario*, une partie ne peut donc se prévaloir de clauses inscrites dans un contrat auquel elle n'est pas partie, ces dernières ne jouent que pour les seuls cocontractants (CE, 11 mai 1906, *Commune de Saint-Mandé c/ Compagnie d'éclairage et de chauffage par le gaz*, *Rec.*, p. 414). V. pour d'autres exemples jurisprudentiels, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 787 et s. ; Y. WEBER, « Les acteurs des contrats de l'administration », in *Droit public. Mélanges G. Peiser*, PUG, 1995, p. 521. On pourra remarquer que le juge administratif vise rarement l'article 1165 du Code civil : CE, 20 oct. 2000, *Perreau*, *Rec.*, p. 455 ; CE, 2 juill. 2007, *Fédération de l'hospitalisation privée*, *Rec.*, tab., p. 644.

²⁰² V. not., J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp. 335-361.

²⁰³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 258 : « En règle générale, les normes créées par contrat ne peuvent établir des obligations et des droits que pour et entre les parties contractantes elles-mêmes. Ceci traduit le principe de « l'autonomie individuelle », ou « privée ». Toutefois, il se peut qu'un ordre juridique permette également des contrats à la charge ou en faveur des tiers, c'est-à-dire admette la validité de normes créées contractuellement qui obligent ou habilite des sujets qui n'ont pas participé à l'accomplissement de l'acte créateur de droit ». Pour une réaffirmation de l'importance fondamentale du principe de l'effet relatif, v. M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 575. En revanche, l'auteur affirme que « l'effet relatif repose sur une restriction de l'effet obligatoire du contrat » (p. 584). Nous pensons, au contraire, que seules les destinataires des stipulations de l'acte importent sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur leur caractère obligatoire, ce dernier étant conféré aux stipulations par l'ordonnancement juridique. Sinon, on nie l'application de l'effet relatif pour les conventions dont les stipulations sont dépourvues de caractère obligatoire. Cela reviendrait à nier leur nature même de convention.

l'existence d'obligation, cette règle vaut pour l'ensemble des conventions. Son objet se rapporte aux entités visées par les clauses et non à ce que prévoient les clauses.

Pour autant, si ce principe est applicable à toute convention, il connaît de nombreuses limites pour les affaires publiques²⁰⁴. Ces dérogations sont parfaitement valables. Elles ne modifient pas la nature conventionnelle de l'acte et peuvent être autorisées par le droit positif²⁰⁵. D'ailleurs, les personnes publiques font une assez large application de cette possibilité. On recense, en effet, de multiples situations dans lesquelles les clauses ont pour destinataires d'autres sujets que les seules parties.

118. Il se peut notamment que les parties prévoient l'accomplissement d'une prestation au profit d'un tiers par le biais de la stipulation pour autrui. Technique répandue en droit civil, elle existe « lorsque, dans un contrat, une des parties, appelée le *stipulant*, obtient de l'autre, appelée le *promettant*, l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger, le *bénéficiaire*, qui devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat »²⁰⁶. Par ce mécanisme, un tiers peut tirer profit de stipulations conventionnelles dont il n'est que le destinataire indirect, dès lors qu'il ne refuse pas d'endosser la qualité de créancier²⁰⁷. S'agissant des conventions administratives, le recours à la stipulation pour autrui est rarissime²⁰⁸. Il n'est pas impossible néanmoins. Cela justifie que, lorsqu'un tiers tente de se prévaloir d'une clause d'un contrat, le juge ne se contente pas de lui opposer l'effet relatif des conventions. Il recherche l'existence de stipulations à son profit²⁰⁹.

²⁰⁴ P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 340.

²⁰⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 256 : « il se peut qu'un ordre juridique permette également des contrats à la charge ou en faveur des tiers, c'est-à-dire admettre la validité de normes créées contractuellement qui obligent ou habilent des sujets qui n'ont pas participé à l'accomplissement de l'acte créateur de droit ».

²⁰⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 514. présentée de façon plus synthétique, la stipulation pour autrui signifie que « A fait promettre à B une prestation en faveur de C » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, t. 4, p. 244).

²⁰⁷ Ces conditions résultent tant des dispositions de l'article 1165 du Code civil (« les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ») que de son inspiration individualiste et soucieuse des libertés individuelles.

²⁰⁸ Peu fréquentes dans les conventions en droit administratif, les stipulations pour autrui sont pourtant consacrées depuis fort longtemps par le Conseil d'État (En ce sens, M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 634).

²⁰⁹ CE, 23 juin 1976, *Latty et Commune de Vaux-sur-Mer*, *Rec.*, p. 329 : « ces clauses n'ont pas été stipulées dans l'intérêt des voisins de l'établissement en cause ; que, par suite, le sieur Latty, tiers à ce contrat, ne peut se prévaloir des obligations qu'il imposait aux parties qui l'ont signé ».

Cependant, la stipulation pour autrui suppose des conditions²¹⁰ la rendant moins adéquate que la clause réglementaire dans un contrat administratif. Voilà pourquoi de nombreux auteurs ont contesté le recours à la technique de la stipulation pour autrui en prenant appui sur les concessions de service public²¹¹. Les ouvrages de droit civil insistent, en effet, sur le caractère personnel du lien établi²¹². Ainsi, l'inspiration de cette méthode demeure imprégnée d'un libéralisme s'accordant mal avec les méthodes administratives. Il est difficile de concilier le caractère général et impersonnel de certaines clauses et la stipulation pour autrui. Du reste, on ne retrouve pas, dans l'hypothèse des concessions de service public, la modalité d'acceptation par le tiers de la stipulation qui a pour fonction d'empêcher le stipulant de la révoquer. Cette pratique éloigne un peu plus cette technique des pratiques habituelles en droit administratif.

Il n'empêche que la faculté d'insérer des stipulations pour autrui s'analyse comme une dérogation à l'effet relatif des conventions²¹³, indépendamment de considérations d'ordre quantitatif. Elle affaiblit donc la pertinence du critère de la qualité des auteurs. Cela a été discuté au motif que « procédant directement de la volonté des parties, [la stipulation pour autrui] a pour finalité même d'«intégrer» un tiers dans les effets d'un contrat »²¹⁴. Outre le rôle logique de la volonté des parties qui renvoie à la liberté conventionnelle, dire d'un tiers qu'il est « intégré » introduit une confusion regrettable. S'il peut se prévaloir de la stipulation inscrite à son profit, cela n'en fait pas une partie mais un *tiers particulier*. D'ailleurs, ses possibilités sur le plan contentieux s'avèrent bien plus limitées que celles reconnues aux parties. Elles sont circonscrites par la stipulation, c'est-à-dire par les authentiques cocontractants. Enfin, l'auteur base son raisonnement sur un arrêt²¹⁵ dans lequel le Conseil d'État fait

²¹⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 237-238 : « la technique de la stipulation pour autrui était, en effet, mal adaptée au contexte de droit public : la stipulation pour autrui suppose un intérêt personnel du stipulant et son régime est organisé sur le fondement de la volonté des parties, alors que l'administration n'a pas d'intérêt personnel et que ses rapports avec les administrés échappent très largement au contrat et donc à la volonté des parties ».

²¹¹ Pour une exposition concise, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 794-795.

²¹² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, pp. 514-528.

²¹³ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 239-240.

²¹⁴ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, p. 587.

²¹⁵ CE, 22 juill. 1927, *Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine*, Rec., p. 826.

une application discutable de la stipulation pour autrui dans le cadre d'une concession de service public. Par hypothèse, cette situation ne peut laisser place qu'à des clauses réglementaires. Voilà pourquoi la stipulation pour autrui s'analyse bien en une dérogation à la relativité des conventions.

119. En dehors de ces illustrations classiques²¹⁶, les conventions d'administration constituent aussi de bons révélateurs du contournement de la relativité des actes conventionnels en droit public. Par exemple, il arrive que ces actes fixent des objectifs à des tiers. Les contrats de revitalisation illustrent cette pratique ainsi que le prévoit la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire²¹⁷. Il arrive aussi que des contrats de plan incitent des tiers à conclure de nouvelles conventions pour la réalisation des projets que les parties s'assignent²¹⁸. Comme le note M. Pontier, « dans bien des cas une action prévue au contrat de plan n'est pas seulement une action menée conjointement par l'État et la région, mais une entreprise impliquant une démarche commune avec d'autres collectivités territoriales, parfois avec des établissements publics »²¹⁹. De même, les contrats urbains de cohésion sociale associent régulièrement des collectivités ou des organismes tiers aux objectifs prévus dans l'acte²²⁰. On peut encore s'interroger sur un mécanisme

²¹⁶ Par ailleurs, on pourrait encore observer, dans les écrits de Maurice Hauriou, un essai de classification des conventions reposant sur l'idée d'engagement de tiers par certains actes qu'il qualifie de « contrats politiques »²¹⁶. Il s'agit cependant pour l'auteur de souligner, d'une façon générale, les mécanismes de l'organisation politique et non de s'interroger sur la théorie des conventions, sur laquelle il a, du reste, assez peu composé. Il n'est donc mentionné ici qu'à titre informatif afin qu'il ne soit pas fait de confusion sur la portée de cette tentative pour la définition de l'acte conventionnel (M. HAURIOU, *Principes du droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 209 et s.).

²¹⁷ Art. 63 de la Loi n° 95-115 du 4 févr. 1995, *JORF*, 5 févr. 1995, p. 1985 : « Dans les zones de revitalisation rurale mentionnées à l'article 42, l'État peut conclure avec les collectivités territoriales compétentes des contrats particuliers s'insérant dans les contrats de plan État-région prévus à l'article 11 de la loi no 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification. Ces contrats ont pour objet de renforcer l'action publique dans les territoires ruraux les plus défavorisés, en assurant la convergence des interventions publiques, en accroissant l'engagement des partenaires publics, et en adaptant les actions à la spécificité des situations locales. Ces contrats sont conclus pour la durée du plan. Toutefois, si la situation l'exige, ils peuvent être mis en œuvre pour une durée inférieure ». Sur la validation de cette pratique, CC, 26 janv. 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, n° 94-358 DC, *Rev.*, p. 183.

²¹⁸ CAA Nancy, 5 juill. 2001, *Bourse de sous-traitance de l'Est*, req. n° 96NC01891. V. en ce sens, le contrat de projets Rhône-Alpes 2007-2013 prévoit explicitement la conclusion de conventions d'exécution par des tiers au contrat initial pour l'aménagement du territoire (p. 90). De même, dans son préambule, le contrat de projets Centre 2007-2013 vise plusieurs conventions, qui seront conclues sur la base du contrat de projets par des tiers, dont les contrats urbains de cohésion sociale (p. 5). Enfin, celui relatif à la région Bretagne énonce que « pour l'exécution de chaque grand projet, des conventions d'application seront établies et signées par tous les co-financeurs concernés » (p. 63).

²¹⁹ J.-M. PONTIER, « les relations de la région », *RDCL*, 1998, 1793-7, n° 25. V. aussi J.-M. PONTIER, « Où vont les collectivités locales ? », *R4*, 1998, p. 171 ; J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan », *R4*, 2001, p. 62.

²²⁰ Parmi d'autres exemples, on peut retenir celui du contrat urbain de cohésion sociale de Gaillac pour 2007-2009. Les parties ont visiblement voulu associer, de façon très large, « en fonction de leurs compétences et

répandu dans les contrats de projets permettant aux parties de s'engager les unes envers les autres à contribuer financièrement à un projet piloté par un tiers à cette convention. Fréquemment, les collectivités publiques stipulent ainsi au profit d'autrui, sans que l'on puisse cependant identifier tous les caractères du procédé commun²²¹. Il n'empêche qu'il s'agit là d'énoncés juridiques conventionnels à destination de tiers. Enfin, une pratique originale consiste à faire quelquefois contre-signer l'acte par des tiers. Tel est le cas des contrats de ville puisque des « tiers signataires »²²² interviennent en raison de l'intérêt qu'ils portent aux objectifs fixés. Cela entretient assurément une ambiguïté avec les parties.

Parce que les conventions d'administration ne servent qu'à l'orientation et à l'harmonisation de l'action administrative et que cette dernière nécessite souvent la participation de plusieurs acteurs, il est compréhensible que leurs effets ne se limitent pas strictement aux parties. Cela requiert parfois la conclusion de plusieurs conventions, comparables à des groupes de conventions²²³. Le principe de l'effet relatif peut alors céder pour des motifs qui relèvent essentiellement de la politique jurisprudentielle. Il s'agit d'adopter un regard pragmatique sur la complexité des montages contractuels afin de simplifier leurs réalisations et d'assurer, plus généralement, la justice conventionnelle. Soulignons toutefois que cette théorie civiliste ne fait pas réellement, pour l'heure, l'objet d'une consécration par le juge administratif²²⁴.

120. De la sorte, les conventions d'administration confortent l'impression laissée par les conventions en droit administratif. On peut justifier ces écarts vis-à-vis de l'effet relatif par l'intérêt général qui gouverne tant l'action unilatérale que l'action conventionnelle des personnes publiques. Il est susceptible d'expliquer l'application imparfaite du principe rappelé à l'article 1165 du Code civil. Cette idée avait même conduit jadis à des conclusions plus radicales encore. En ce sens, Georges Péquignot contestait l'effet relatif attaché à l'acte contractuel en droit ad-

dans le respect de leurs orientations, les collectivités territoriales et les autres partenaires susceptibles de développer une approche et une stratégie commune pour ces territoires » (Préambule, p. 3).

²²¹ Cela est banal pour les universités, plusieurs conventions peuvent être mentionnées comme le contrat de projets Alsace 2007-2013 (not., pp. 16-33)

²²² P. MERLIN, *L'aménagement du territoire en France*, Documentation française, coll. « études de la documentation française », 2007, p. 143.

²²³ Entendus comme des ensembles de conventions formant un tout indivisible puisque les obligations des parties constituent la condition pour l'exécution des obligations des autres parties. V. part., B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 139, 1975.

²²⁴ Néanmoins, certaines jurisprudences pourraient permettre d'en percevoir les prémises, v. N. FOULQUIER, « La notion de « groupe de contrat » en droit administratif : une consécration involontaire ? », *DA*, 2008, étude n° 11.

ministratif. Selon lui, « le contrat administratif n'a pas pour but de régler seulement les rapports de deux personnes juridiques. Il crée un lien de droit entre l'Administration et un particulier en vue de l'exécution ou du fonctionnement d'un service public. Derrière le contrat administratif se laissera donc apercevoir la masse du public en vue duquel le contrat est fait et qui pourra en tirer des droits [...] *Nous serons donc conduit à émettre cette idée, qui oppose le contrat administratif au contrat de droit privé, qu'il est de l'essence du contrat administratif de produire des effets vis-à-vis des tiers* »²²⁵. Ce point de vue est sans doute excessif. Il faut reconnaître néanmoins l'érosion qui touche le principe de la relativité des effets s'agissant des conventions publiques. De sorte que le critère qualitatif, révélateur du principe de l'effet relatif des conventions, se trouve altéré par ricochet. Il s'agit donc de déterminer un équilibre souple entre deux impératifs : celui de l'intérêt général, qui autorise les parties à prévoir des clauses visant directement des tiers, et celui de la relativité conventionnelle, qui impose aux parties de n'établir par les stipulations qu'une relation d'ordre subjectif. Il est possible de rendre compte de ces enjeux en faisant application du critère de réciprocité aux stipulations conventionnelles.

b) L'applicabilité du critère de la réciprocité

121. Les difficultés rencontrées dans l'utilisation d'un critère suggèrent de le remplacer ou, du moins, de le compléter pour en parfaire l'efficacité. Dans cette optique, la réciprocité des stipulations présente de multiples intérêts. Celle-ci est d'ailleurs souvent appliquée ou évoquée implicitement par la doctrine et le juge (1°). La réciprocité apparaît comme un critère particulièrement efficace en ce qu'elle permet de surmonter certains obstacles théoriques (2°).

1° Un critère souvent appliqué

122. La réciprocité des stipulations est fréquemment mentionnée dans la littérature juridique. Cela traduit, selon toute vraisemblance, son importance pour la caractérisation de l'acte conventionnel²²⁶. Utilisée quelquefois positivement, pour qua-

²²⁵ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, pp. 300-301 (nous soulignons). De même, M. Douence exclut l'effet relatif s'agissant des conventions entre personnes publiques, v. J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 128.

²²⁶ Il revient à de nombreuses reprises dans le rapport du Conseil d'État, v. CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, not. p. 250 et s. On le retrouve également dans un ouvrage écrit par plusieurs membres du Conseil d'État, v. M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, p. 171. et p. 177. Il apparaît enfin dans le traité de Laferrière au sujet des concession de mines, v. É. LAFERRIÈRE,

lifier un acte conventionnel, ou négativement, pour écarter cette qualification, la réciprocité est toujours envisagée comme un lien d'ordre formel entre des énoncés juridiques²²⁷. En d'autres termes, elle repose sur le fait que les stipulations se rapportant à l'un des signataires trouvent des contreparties issues des stipulations se rapportant à l'autre signataire²²⁸. Parmi les premiers auteurs à avoir exploité le critère de la réciprocité des stipulations, André de Laubadère a, très justement, contesté l'identification de certains instruments au moyen de cet élément. C'est dans cette optique qu'il a souligné combien « le développement de l'«administration» par voie d'accord » à côté de l'«administration par voie unilatérale» porte sur le caractère bilatéral du procédé de déclenchement beaucoup plus que sur la définition des *engagements réciproques* »²²⁹. Cette affirmation relève ainsi que l'acte conventionnel ne dépend pas de la seule réciprocité des consentements. Pour procéder à sa qualification, il est indispensable d'identifier des stipulations réciproques. En leur absence, l'acte pourra fort bien résulter d'un processus similaire à celui d'une convention tout en produisant des effets unilatéraux. Voilà pourquoi cette étude reste fondamentale pour la compréhension des actes au travers de la réciprocité conventionnelle.

Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault, 1887-1888, réimp., LGDJ, 1989, t. 1, p. 605 : ou encore dans les conclusions d'un commissaire du gouvernement, v. J. TARDIEU, concl. sur l'arrêt CE, 7 août 1909, *Winkell, Rec.*, p. 826 ; S., 1909, III, p. 146. V. parmi de nombreuses illustrations, B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 85 ; H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 2 et pp. 334-351 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 230 ; J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 136 ; Ph. LERUSTE, « Les contrats d'aménagement de villes moyennes », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4234 à 4236, pp. 69-70 ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, th., Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1981, p. 367 et 369 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 564 ; D. TRUCHET, « La volonté des parties », in Ch. Bréchon-Moulènes (dir.), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Association pour le droit public de l'entreprise, Dalloz, 1985, p. 144.

²²⁷ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, th., Defrénois, coll. « Coll. de thèses », t. 23, 2007, p. 329. Pour une distinction entre les notions d'interdépendance et de réciprocité, S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 64, 2007, pp. 15-18.

²²⁸ Sur la « réciprocité des obligations », M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, pp. 172-177. V. impl., L. FAVOREU, « Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. », *AJDA*, 1965, p. 452 et s. V. aussi, P.-M. GAUDEMET, « Réflexions sur le droit administratif économique », in *Mélanges L. Lopez Rodo*, 1972, p. 142 ; L. BRAILLON et L. PEISER, « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé privés, les avatars d'un outil juridique hybride », *Dr. soc.*, 2002, p. 645 et s. ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 222.

²²⁹ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 457 (nous soulignons). V. égal., au sujet de l'absence d'« engagements réciproques » dans le cadre d'un raisonnement visant à exclure l'identification d'un contrat (P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 88, 1969, p. 115) ; J.-M. AUBY, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.*, 1953, chron., p. 100.

La doctrine offre d'autres exemples d'application de ce critère. Sans souci d'exhaustivité, on peut mentionner les travaux de M. Drago qui rappellent que « les contrats ordinaires » concernent « des prestations réciproques »²³⁰. Ou encore affirmer, avec M^{me} Hecquard-Théron, que « mieux que l'acte unilatéral le contrat traduit le jeu partenarial par l'adaptation au cas par cas des obligations réciproques contenues dans les stipulations »²³¹. Le consensus doctrinal observé dépasse du reste les clivages relatifs à la conception du contrat. Malgré ses critiques sur la nature des contrats administratifs, Georges Péquignot admet pourtant qu'il a bien « pour effet d'engendrer des obligations réciproques »²³² entre les parties. De même et surtout, pour affirmer la nature contractuelle des contrats de plan, le critère de la réciprocité des engagements est avancé par M. Terneyre²³³. En fait, cet auteur fonde son raisonnement sur l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982, lequel prévoit explicitement qu'il s'agit d'actes « comportant des engagements réciproques des parties ». Cette précision du législateur tend à limiter les incertitudes sur la qualification de ces actes. Elle rend aussi compte de l'importance que revêt ce critère pour lui²³⁴. En outre, bien avant cette loi, un auteur avait également affirmé que « le caractère contractuel

²³⁰ R. DRAGO, « Le droit de l'expérimentation », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juriscasseur, 1999, p. 245. V. aussi, Ph. TERNEYRE, note sous l'arrêt CE, 21 oct. 1988, *SARL CETRA c/ Port autonome de Nantes – Saint-Nazaire, RA*, 1988, p. 531.

²³¹ M. HECQUARD-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, pp. 455-456 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 15. On trouve une idée similaire dans l'expression « obligations mutuelles » (E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 100).

²³² G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 609.

²³³ Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 449 ; Ph. TERNEYRE, « Réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 894. V. aussi, P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 15 ; E. FATÔME et J. MOREAU, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, p. 143 ; F.-X. FORT, « Le bilan des contrats de plan après deux décennies d'exécution », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 217 ; P. LIGNEAU, « Aux frontières du service public hospitalier : la nouvelle nébuleuse des structures de santé privées », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 501 ; J.-M. PONTIER, note sous l'arrêt CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, JCP A*, 2008, com. 2050, p. 34 ; J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie, RFDA*, 1997, p. 341 ; M.-R. TERCINET, « L'aménagement touristique de la montagne », *RFDA*, 1985, p. 773.

²³⁴ Du reste, on retrouve la mention des « engagements réciproques des parties » dans d'autres textes. V. par ex., sur les contrats pluriannuels conclus par l'Agence nationale de la recherche avec l'État, l'art. L. 329-2 du Code de la recherche (art. 16 de la loi n° 2006-450 de programme pour la recherche, *JORF*, 19 avr. 2006, p. 5820) ; sur les contrats d'objectifs et de gestion conclus notamment entre l'État et la Caisse nationale des allocations familiales, l'art. L. 227-1 du Code de la sécurité sociale ; ou sur la modernisation de l'administration, v. la circulaire du 3 juin 1998 relative à la préparation des programmes pluriannuels de modernisation des administrations, *JORF*, 9 juin 1998, p. 8703.

des contrats de plan découle de la réciprocité des obligations de résultat et de comportement »²³⁵. Enfin, une méthode d'analyse similaire a pu être employée pour les contrats fiscaux²³⁶, les contrats internes de gestion²³⁷ ou encore les contrats de programme²³⁸. Sans apprécier ici de la justesse de ces qualifications, l'utilisation récurrente de la réciprocité des stipulations invite à s'interroger sur sa valeur pour la qualification d'un acte conventionnel²³⁹.

La lecture du rapport public du Conseil d'État pour 2008 conforte l'impression de consensus laissée par la doctrine. Par une formule pléonastique, les auteurs estiment que « le terme "contrat" devrait être réservé à un *croisement d'obligations réciproques* »²⁴⁰. La redondance de cette expression tient à la définition commune de la réciprocité qui comprend précisément l'idée de croisement. En conséquence, combiner les termes de « réciproque » et de « croisement » c'est immanquablement commettre un pléonasme. Cela ne retire cependant rien au fait que les auteurs aient eu l'intention de renvoyer à ce caractère. Le sentiment laissé par la litté-

²³⁵ D. FLECHER-BOURJOL, « Essai de typologie fonctionnelle des contrats passés entre l'état et les collectivités locales et établissements publics territoriaux », *Bull. ILAP*, 1976, p. 330.

²³⁶ F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 372.

²³⁷ Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 12.

²³⁸ J. CHAPPEZ, « Le contrat de programme entre l'État et l'O.R.T.F. », *AJDA*, 1972, p. 566.

²³⁹ Parfois, la réciprocité des stipulations appert non pas seulement comme un critère d'identification, mais comme la raison d'être d'une convention. À cet égard, les transactions permettent particulièrement de mettre en exergue la réciprocité. Elle en constitue, en quelque sorte, l'archétype. Sur cette question, J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1 ; Ch. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997, chron., p. 267. Par ailleurs, Les parties rendent également compte de leur attachement à ce critère au sein des conventions passées. En atteste par exemple un contrat d'objectifs et de performance conclu entre l'État et l'Institut de veille sanitaire dans la mesure où son article 3 énonce explicitement les « engagements réciproques » de chaque partie, v. l'art. 3 du contrat d'objectifs et de performance conclu entre l'État et l'Institut de veille sanitaire, le 18 janv. 2010, pour une période allant de 2009 à 2012 (document consulté sur le site www.invs.sante.fr).

²⁴⁰ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 93 (nous soulignons). On peut déceler dans de rares jurisprudences la continuité de la doctrine du Conseil d'État. Ainsi, pour distinguer au sein d'un acte les stipulations conventionnelles des dispositions unilatérales, le juge administratif a déjà eu recours au critère de la réciprocité des stipulations. Dans un arrêt *Chevalier*, il affirme que « si le traité passé entre notre ministre et le sieur Chevalier, contient des *dispositions engageant réciproquement les deux parties*, ce traité contient aussi [...] des dispositions de police et de surveillance dont l'exécution appartient à l'administration de la marine » (CE, 8 févr. 1864, *Chevalier*, *Rec.*, p. 89) (nous soulignons) ; V. égal., CE, 8 mars 1922, *Sieur Charles*, *Rec.*, p. 203. La même idée se retrouve dans « les obligations respectives du concessionnaire et du concédant » (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec.*, p. 125). Un lien peut aussi être établi avec les conclusions de Guy Braibant (G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *AJDA*, 1973, spéc. p. 324) ou, plus lointainement, avec les conclusions Romieu (J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres c/ min. de la guerre*, *S.*, 1894, III, spéc. p. 124).

rature juridique est bien ainsi qu'il est souvent fait référence à la réciprocité de manière spontanée pour rendre compte de la notion de convention. Il reste que très peu d'études en examinent la signification et la valeur.

123. D'un point de vue théorique, Hans Kelsen a certes critiqué une application du critère de la réciprocité pour distinguer les actes qu'il nomme « traités-lois » et « traités-contrats ». Son raisonnement prend appui sur les pratiques du droit international. Il consiste à discuter la qualification de « traité-contrat » à partir de l'identification d'un « échange de prestations », de « prestations qui se croisent »²⁴¹. Toutefois, ses développements sont nuancés puisqu'ils rejettent l'application de ce critère tout en le reconnaissant efficace la plupart du temps²⁴². Il ne s'agit donc pas pour l'auteur de réfuter catégoriquement l'utilisation de ce critère mais d'en désapprouver la valeur explicative dans le cas des traités internationaux. Ainsi cette critique ne repose-t-elle pas sur la pertinence de la réciprocité des stipulations. Elle concerne son utilisation dans un contexte précis. Cela n'hypothèque pas, en tout cas, l'applicabilité de la réciprocité des stipulations pour identifier les actes conventionnels au sein de l'action publique.

124. Cette réserve écartée, il est possible d'établir un rapprochement entre la réciprocité des stipulations et la cause de l'obligation. On pourrait estimer que le caractère réciproque des stipulations n'est rien d'autre qu'une manifestation de la conception objective de la cause²⁴³. Faire un tel constat permettrait alors de contester la pertinence des développements précédents. Toutefois, plusieurs arguments peuvent être avancés afin de démarquer la réciprocité des stipulations de la cause de l'obligation. Tout d'abord, la théorie privatiste de la causalité prend appui sur les articles 1131, 1132 et 1133 du Code civil²⁴⁴. Or ces derniers se rapportent à la validité de la convention. C'est-à-dire que la cause est une condition dont l'irrespect peut, le cas échéant, entraîner l'annulation d'une convention. La cause n'est donc pas envisagée, en principe, comme un élément d'identification de l'acte. Elle ne sert pas à connaître la nature de celui-ci mais à juger de sa régularité. Sur cet aspect, la récipro-

²⁴¹ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 39 et s.

²⁴² *Ibid.*, p. 42.

²⁴³ V. une étude critique de l'état du droit privé sur la question, J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, spéc. pp. 89-156.

²⁴⁴ Art. 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; art. 1132 : « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée » ; art. 1133 : « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

cité diffère radicalement car elle joue lors de la qualification et n'intervient pas dans l'examen de la validité de l'acte. Ensuite, il est usuel de rappeler le rôle modeste réservé par le juge administratif à la théorie de la cause²⁴⁵. Rarement employée, elle n'en demeure pas moins empruntable au droit civil²⁴⁶. Elle trouve d'ailleurs peu à peu sa place dans le contentieux administratif²⁴⁷. Or cette évolution ne s'accompagne pas d'un désintéret pour la réciprocité des stipulations. Quelques arrêts attestent ainsi la prise en compte par le Conseil d'État de ce critère²⁴⁸. Enfin, on ne saurait résumer la réciprocité des stipulations à la conception objective de la cause. Sa portée est en effet plus large. Il ne s'agit pas seulement ici d'envisager des obligations juridiques mais de considérer, plus largement, l'ensemble des stipulations conventionnelles²⁴⁹. Cela peut donc viser des énoncés dont le caractère impératif n'est pas établi.

125. Au-delà de cette possible confusion, il existe un certain consensus autour de la réciprocité des stipulations conventionnelles. Qu'il s'agisse de la doctrine, du législateur, du juge, ou des acteurs publics²⁵⁰, cet élément est régulièrement mentionné pour l'identification des actes conventionnels. Cependant, il faut admettre qu'il apparaît plus souvent évoqué, que véritablement invoquée, dans le processus de qualification. Cela est d'autant plus regrettable qu'il s'agit d'un élément dont

²⁴⁵ V. not., sur cette question, F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 77, 2008.

²⁴⁶ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 556-562. V. aussi, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 165-167 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., pp. 327-332.

²⁴⁷ V. en ce sens, J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2008, p. 575.

²⁴⁸ V. not., CE, 18 févr. 2009, *Association comité CSG, Rec.*, tab., p. 824. Dans cet arrêt, le juge administratif adopte une rédaction assez laconique pour déterminer la nature conventionnelle de l'acte. Son analyse repose toutefois sur l'art. L. 227-1 du Code de la sécurité sociale selon lequel « l'autorité compétente de l'État conclut respectivement avec la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, la Caisse nationale des allocations familiales et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale des conventions d'objectifs et de gestion comportant des *engagements réciproques des signataires* » (nous soulignons). V. aussi, CAA Lyon Plén., 30 déc. 1992, *Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères des Combrailles, Rec.*, tab., p. 1101.

²⁴⁹ Il est usuel de considérer que « la cause exprime un rapport d'obligation, leur interdépendance et leur corrélation » (F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 77, 2008, p. 407). La perspective retenue dans la présente étude est plus large. Elle prend en compte le rapport entre stipulations, et ce peu importe la nature obligatoire ou non de celles-ci.

²⁵⁰ Parmi de multiples illustrations, on peut retenir celle du Contrat d'objectifs « agriculture », signé le 11 mai 2007 entre l'État, la région Midi-Pyrénées et des organisations syndicales, au sujet de la formation professionnelle dans ce secteur d'activité. Il précise explicitement, pour chaque orientation générale, les « engagements réciproques » des parties (document consulté sur le site : www.midipyrenees.fr/Contrats-d-objectifs-signes). V. pour le fondement de cet acte, l'art. L. 214-13 du Code de l'éducation.

l'efficacité incite à y percevoir un critère performant pour identifier un acte conventionnel.

2° *Un critère toujours efficace*

126. De prime abord, les effets produits par l'acte conventionnel à l'endroit des tiers altèrent la pertinence de la réciprocité des stipulations. Cela n'hypothèque toutefois pas l'objet de la présente argumentation dans la mesure où ces impressions sont en vérité trompeuses. Lorsqu'une convention contient des clauses réglementaires, celles-ci semblent conçues comme toujours divisibles de l'acte lors d'un recours formé par un tiers²⁵¹. Un premier obstacle paraît ainsi aisément franchi. Si une telle clause ne répond pas au critère de la réciprocité, c'est justement parce qu'il ne s'agit pas d'une clause conventionnelle comme une autre à proprement parler. Envisagées dans le cadre d'une demande faite par un tiers, les clauses réglementaires ne constituent pas des dérogations à la réciprocité des stipulations d'une convention. Elles se trouvent, au contraire, distinguées de l'acte par application même de ce critère.

Par une fiction, le juge admet que les clauses réglementaires doivent être soumises à un traitement différent de celui réservé aux autres stipulations en raison des effets qu'elles déploient à l'égard d'individus qui ne sont pas parties à la convention²⁵². De sorte que cela ne remet pas en cause la pertinence du caractère réciproque pour identifier une convention. Il s'agit d'une forme de confirmation *a contrario*. Certes, il arrive que la doctrine souligne la nature par essence conventionnelle des clauses réglementaires en mettant en exergue leur régime de responsabilité ou de modification²⁵³. Mais, sur ces points, la jurisprudence semble tenir compte de considérations pratiques. Le juge cherche à maintenir la logique d'ensemble de l'action conventionnelle en soumettant les clauses réglementaires à certaines règles classiques des stipulations dans le cadre des relations entre les parties. Il reste que cela

²⁵¹ V. part., CE Sect., 8 avr. 2009, *Association ALCALY, Rec.*, p. 112 ; *RFDA*, 2009, p. 463, concl. N. Boulouis.

²⁵² V. not., Ph. TERNEYRE, « Réflexions nouvelles sur les “clauses à caractère réglementaire” des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 894. Toutefois, l'analyse menée par M. Terneyre semble parfois inverser le raisonnement suivi par le juge, lequel fait dépendre la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir formé par un tiers de la nature réglementaire d'une clause : « dans les contrats à objet de service public, si toutes les clauses du contrat ont une valeur contractuelle, il se trouve que certaines d'entre elles peuvent être contestées ou invoquées par des tiers, d'où alors leur “caractère” réglementaire » (nous soulignons).

²⁵³ *Ibid.*, p. 894 ; v. aussi, M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet suspensif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 590.

n'affecte pas tellement l'originalité de ces clauses qui, ne répondant pas au critère de réciprocité, se trouvent intellectuellement dissociées des rapports contractuels. Il reste que leur statut est sujet à la discussion et demeure assez ambigu.

127. Une seconde situation soulève aussi de réelles difficultés. Il s'agit de l'hypothèse d'une stipulation pour autrui. Mais, là encore, la réciprocité peut lever l'obstacle rencontré avec le critère qualitatif. Il est indéniable qu'avec cette technique le destinataire de l'énoncé juridique n'est pas l'une des parties. Envisagée à présent sous l'angle de la réciprocité, il est possible de voir dans la réalisation de la prestation par le promettant une contrepartie. En effet, si l'insertion de la stipulation pour autrui suppose un intérêt du stipulant, celui à l'origine de la clause, elle implique aussi de la part du promettant un intérêt à l'accepter. Or ce motif semble bien résider dans une contrepartie inscrite dans la convention et qui contribue à l'établissement de l'équilibre conventionnel. Celui qui promet au stipulant en faveur d'un tiers bénéficiaire consent parce qu'une semblable opération répond, dans le cadre du lien subjectif instauré par la convention, à une stipulation profitable au promettant : c'est *donnant-donnant*. Ne pas concevoir ainsi cette technique reviendrait à nier, en pratique, la liberté conventionnelle du promettant. Voilà pourquoi la réciprocité des stipulations pourrait justifier la nature conventionnelle de ce type de clause, tandis que le critère qualitatif paraît inefficace.

Une décision du Conseil d'État conforte l'efficacité de ce critère qui établit un rapport entre les stipulations d'une convention. En principe, il appartient aux seules parties de prévoir le contenu de l'acte conventionnel. Tel est le cas en particulier des clauses régissant, de façon réciproque, leur situation respective. Par conséquent, les clauses d'un cahier des charges emportant des obligations, à la fois, pour l'une des parties et un tiers encourent l'annulation dans la mesure où ces obligations apparaissent comme des contreparties. L'explication de cette solution est simple. Une telle pratique s'analyse en la constitution d'un nouvel acte conventionnel en dehors de la relation contractuelle initiale. En ce sens, dans un arrêt *Société des casinos du Touquet*, le Conseil d'État affirme que « le maire [...] n'avait pas compétence pour inclure dans les cahiers des charges signés au nom de la commune la clause contestée qui ne comportait pas seulement une stipulation au profit de l'office du tourisme mais *créait des obligations réciproques* entre l'office du tourisme et la société des casinos du Touquet »²⁵⁴. On peut apprécier dans cet arrêt le rôle joué par le critère de la réciprocité des stipulations dans la jurisprudence administrative. Il est possible pour une partie

²⁵⁴ CE, 7 oct. 1987, *Société des casinos du Touquet*, Rec., p. 306 (nous soulignons).

de stipuler pour un tiers et, *a fortiori*, au profit de l'autre partie. En revanche, il est impossible de chercher à établir une autre relation conventionnelle par ce moyen, c'est-à-dire de faire dépendre l'acceptation du promettant d'une contrepartie à la charge du bénéficiaire de la stipulation pour autrui²⁵⁵. Une telle opération reviendrait à constituer une nouvelle relation subjective entre le promettant et le bénéficiaire. Ainsi le raisonnement du juge se décompose-t-il ici en trois temps. Il commence par l'identification de la stipulation pour autrui. Puis il se poursuit par la recherche d'une contrepartie à la charge du bénéficiaire et au profit du promettant. Enfin, il se termine par la conclusion de l'absence des conditions nécessaires à la constitution de cette nouvelle relation conventionnelle. Au terme de cette analyse, le juge prononce logiquement l'annulation desdites clauses. Or seul le critère de la réciprocité des stipulations permet d'établir l'interdépendance entre les clauses visées. Limpidité, cette jurisprudence témoigne de l'efficacité de cette méthode pour caractériser une convention. Certes, il s'agit là d'hypothèses marginales. Mais le juge se trouverait démuné s'il ne disposait pas du critère de la réciprocité des stipulations pour résoudre ces équations juridiques.

128. Consacré dans son principe, le critère de la réciprocité des stipulations ne fait pourtant pas l'objet d'une systématisation. Parmi les justifications plausibles, il faut noter qu'il se présente souvent de façon implicite dans les décisions juridictionnelles²⁵⁶. En définitive, la nature conventionnelle ne pose qu'épisodiquement des difficultés justifiant une étude spécifique. Ce point est vite réglé en présence de marchés publics, de délégations de service public ou encore de partenariats public-privé. L'étape préliminaire de l'identification d'un acte conventionnel ne suscite alors aucune hésitation. La nature conventionnelle se trouve délaissée par le juge, lequel se concentre sur la nature de la catégorie contractuelle²⁵⁷. Au caractère implicite de

²⁵⁵ En l'espèce, le casino (le promettant) avait accepté de verser une certaine somme d'argent au profit d'un office du tourisme (le bénéficiaire). Cette situation aurait été assez banale et parfaitement régulière, si le cahier des charges n'avait prévu que l'office du tourisme se chargerait de la diffusion d'une publicité relative au casino.

²⁵⁶ V. parmi de très rares illustrations de l'identification d'un acte conventionnel explicitement au moyen de la réciprocité de ses stipulations : CE, 26 mars 1897, *Foucart c/ Ville de Melun*, *Rec.*, p. 253 : l'acte « qui contient, au profit et à la charge de chacune des parties, des avantages et des obligations réciproques [...] constitue donc un contrat synallagmatique et non une simple permission de voirie » ; CE, 20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, *Rec.*, p. 87 : « eu égard à la volonté exprimée par les deux communes [...] de se lier par des obligations réciproques, le litige soulevé [...] doit être regardé comme portant sur l'exécution d'un contrat ». V. aussi, CE, 27 juill. 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, *Rec.*, tab., p. 602.

²⁵⁷ Cependant, la réciprocité n'est pas dénuée d'utilité durant cette phase. N'est-elle pas, en effet, impliquée par la méthode d'identification des marchés publics, laquelle repose notamment sur la contrepartie de la prestation réalisée ? V. not., P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des « marchés publics » ? », in *L'unité du droit*. *Mélanges R. Drago*, Économica, 1996, pp. 230-231.

cette étape première, il faut ajouter que la prise en compte de la réciprocité des stipulations suppose d'admettre quelques conditions. Sans ces dernières, les éventuelles réticences de la doctrine à consacrer le caractère réciproque des stipulations seraient compréhensibles.

§2. Conditions de la réciprocité des stipulations

129. Reconnaître l'utilité de la réciprocité des stipulations incite à poser les conditions de son utilisation. De deux sortes, elles participent à la compréhension de ce critère et en facilitent l'adoption par la doctrine et le juge. La première est relative aux conventions unilatérales. En dépit des apparences, ces dernières peuvent parfaitement être envisagées comme des actes conventionnels en application du caractère réciproque. Cela requiert simplement d'examiner l'acte ou moyen d'une analyse plus concrète (a). Une seconde condition porte sur l'étendue des effets de la réciprocité des stipulations. Plus précisément, elle tient dans l'adoption de l'exception d'inexécution parmi les règles encadrant la mise en œuvre des conventions administratives. Il est possible de discuter de l'opportunité d'une telle consécration. Mais une chose est sûre : consacrer la réciprocité comme élément d'identification de l'acte conventionnel n'a certainement pas pour corollaire d'introduire l'exception d'inexécution en droit public. Il est envisageable de qualifier la convention à l'appui de la réciprocité tout en estimant que cette dernière ne déploie que des effets limités en droit public (b).

a) La condition relative aux conventions unilatérales

130. Lorsque la doctrine envisage l'acte contractuel, elle vise généralement le contrat synallagmatique. C'est-à-dire celui par lequel les parties s'engagent mutuellement les unes envers les autres. Compte tenu de la quantité d'actes qu'elle désigne, cette catégorie de contrats constitue, sans nul doute, l'expression la plus courante de l'acte conventionnel²⁵⁸. Néanmoins, la classification des conventions comporte aussi des contrats nommés assez maladroitement *conventions unilatérales*. Rarement utilisées²⁵⁹ en droit administratif, celles-ci n'en demeurent pas moins une espèce résiduelle de conventions. Elle est très singulière dans la mesure où une seule des parties se trouve obligée. À cet égard, il faudrait abandonner l'expression commode,

²⁵⁸ Du reste, le droit contractuel se structure fondamentalement autour de ces conventions synallagmatiques.

²⁵⁹ Ainsi que le relèvent les auteurs du traité des contrats administratifs, « en réalité, presque tous les contrats administratifs sont des contrats synallagmatiques » (A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 242).

bien que confuse, de *convention unilatérale*. Une pareille formule suggère, en effet, qu'un acte conventionnel puisse être autrement que plurilatéral. Or il est de l'essence de cette catégorie de mettre en présence plusieurs entités afin qu'elles conviennent. Autrement dit, ce n'est pas la convention qui est unilatérale – elle ne peut l'être – mais les obligations qu'elle produit²⁶⁰. L'unilatéralité ne se rapporte pas à l'acte, elle caractérise seulement les clauses de l'acte. Il faudrait ainsi qualifier ces actes de *conventions à obligations unilatérales*, même si cette dénomination sacrifierait peut-être l'élégance du verbe à la justesse des termes.

Pour appuyer ce propos, on peut citer une affirmation d'Hans Kelsen selon laquelle « dans une convention, il y a au moins deux sujets qui doivent convenir pour que *l'un d'eux ou tous les deux* soient liés »²⁶¹. L'auteur propose ainsi une lecture des actes conventionnels unilatéraux. Cette assertion suggère, en effet, la pluralité des auteurs et la possible unilatéralité des engagements. La jurisprudence administrative offre aussi depuis de nombreuses décennies plusieurs illustrations d'obligations unilatérales dans un contrat administratif. En ce sens, dans un arrêt *Ville de Bayeux*, rendu le 2 février 1854, le Conseil d'État a jugé que « l'engagement pris par la ville de Bayeux de contribuer aux dépenses à faire par l'État pour l'établissement d'un port à Port-en-Bessin constitue un contrat administratif ayant pour objet l'exécution d'un travail public »²⁶². Il s'agissait bien d'un acte conventionnel ne prévoyant des obligations qu'à la charge de la commune, tel n'était pas le cas de l'Etat. Pour autant, l'acte ne s'en est pas trouvé intégré à la catégorie des actes unilatéraux. Le juge administratif a reconnu sa nature contractuelle.

131. Ces précisions sur le sens à donner à l'adjectif unilatéral permettent de souligner la valeur du critère de réciprocité pour ces conventions. S'il joue sans conteste pour les contrats synallagmatiques, il transparait également au sein des contrats à obligations unilatérales. Cela justifie d'ailleurs leur classification parmi les actes conventionnels. Pour s'en assurer, il suffit de concentrer l'analyse sur les implications pratiques des offres de concours, parfois appelées avec plus de clarté « contrat de concours »²⁶³ ou « contrat d'offre de concours »²⁶⁴, qui constituent des exemples bien connus de ces actes.

²⁶⁰ V. par ex., J. HAUSER, *Les contrats*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^{ème} éd., 2002, pp. 12-13.

²⁶¹ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 63.

²⁶² CE, 2 févr. 1854, *Ville de Bayeux*, *Rev.*, p. 72.

²⁶³ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 267 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 58.

132. Classiquement, l'offre de concours est définie par la doctrine comme « un contrat par lequel une personne privée ou publique s'engage à fournir une prestation en argent ou en nature à une collectivité publique en vue de la réalisation d'un travail public ou de l'organisation d'un service public »²⁶⁵. De façon plus laconique et plus réductrice à la fois, un commissaire du gouvernement relève pour sa part que « l'offre de concours est un contrat unilatéral en vue de l'exécution de travaux publics, c'est une sorte de donation subordonnée à l'exécution de travaux publics »²⁶⁶. Malgré la référence ambiguë à la donation, cette proposition rappelle les lignes directrices de la notion d'offre de concours. Dès le XIX^e siècle, on remarque d'ailleurs que les principaux aspects de cette notion paraissent acquis. En témoigne l'affirmation d'un annotateur au *Recueil Lebon* identifiant l'offre de concours comme la « convention par laquelle un particulier, une commune ou un département s'engage à concourir, par l'apport d'une somme d'argent ou par une prestation quelconque, à l'exécution d'un travail public auquel il est intéressé, et à la condition, la plupart du temps, que ce travail soit exécuté dans certaines formes et dans un certain délai »²⁶⁷.

Il est donc facile de souligner, à la fois, la pérennité de la notion d'offre de concours et le consensus qui existe à propos de celle-ci. Gaston Jèze fut l'opposant le plus radical, et quasiment le seul du reste, à cette doctrine. Il voyait dans l'offre de concours une opération comparable à la donation avec charge, mécanisme bien connu en droit civil²⁶⁸. Mais il ne s'agissait pas pour l'auteur de faire application des

²⁶⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 81. C'est aussi l'expression retenue pour le titrage de l'arrêt CE, 9 mars 1906, *Sieur Gau-Bosc, Rec.*, p. 224. V. part., B. POUJADE, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, p. 1652. L'étude de M. Poujade qui focalise son attention sur la confusion entretenue entre l'offre de concours désignant l'action de l'offrant et l'offre de concours désignant l'acte conventionnel conclu par l'acceptation de la personne publique. Il conclut ainsi : « pour éviter de laisser perdurer l'ambiguïté, il est nécessaire aujourd'hui de consacrer définitivement la seule notion de contrat d'offre de concours ».

²⁶⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 267. Cette définition reprend en substance celle donnée en 1956, v. A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, pp. 12-13. V. aussi, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 43 : « contrat administratif par lequel un particulier ou une administration s'engage à accomplir une prestation en argent ou en nature, à condition qu'une personne administrative accomplisse de son côté, un certain travail public » ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 81 : « Le contrat d'offre de concours est un contrat unilatéral, c'est-à-dire ne comportant d'engagement que pour l'une des parties : l'auteur de l'offre. Ce dernier souscrit un engagement conditionnel de contribuer à une opération administrative à laquelle il trouve intérêt, ce qui distingue l'offre de concours d'une donation avec charge » ; v. enfin, bien que plus bref, M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, t. 1, p. 400.

²⁶⁶ J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 9 mars 1906, *Sieur Gau-Bosc, Rec.*, p. 225.

²⁶⁷ Anonyme, note sous l'arrêt CE, 26 juin 1874, *Vavin c/ Commune de Cuperly, Rec.*, p. 610.

²⁶⁸ G. JÈZE, « L'opération administrative d'offre de concours », *RDP*, 1925, p. 619.

principes du droit privé. Cet instrument, malgré sa proximité avec le procédé privatiste, demeurerait selon lui de nature administrative et, par conséquent, soumis à un régime administratif. Cette approche n'a guère rencontré de succès par la suite. Elle était essentiellement animée par les réserves de Gaston Jèze sur la notion de contrat unilatéral. La doctrine développée par cet auteur visait ainsi à confirmer cette position initiale. Or la notion de contrat unilatéral a été progressivement admise par l'ensemble de la doctrine²⁶⁹. C'est pourquoi la consécration du procédé de l'offre de concours n'a, en définitive, posé que peu de difficultés. Il en soulève, au moins en apparence, s'agissant de la réciprocité des stipulations.

133. Plus précisément, MM. de Laubadère, Moderne et Delvolvé estiment que l'on peut distinguer « les contrats synallagmatiques, dans lesquels les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres et les contrats unilatéraux, qui n'entraînent d'obligations qu'à la charge d'une partie *sans réciprocité* »²⁷⁰. Cette classification peut sembler trop radicale à certains égards. En effet, il n'est pas sûr que les conventions dites unilatérales soient totalement dépourvues de réciprocité. Il est possible, au contraire, de proposer une autre distinction reposant sur les éléments visés par la réciprocité. Parfois, cette dernière relie plusieurs obligations et, en d'autres hypothèses, elle porte sur de simples prestations.

Une telle séparation permet de percevoir des manifestations de la réciprocité au sein des contrats unilatéraux. Certes, l'administration qui bénéficie du concours d'une personne publique ou privée n'est soumise envers cette dernière à aucune obligation²⁷¹. Ainsi que l'a jugé le Conseil d'État, « s'agissant d'une offre de concours, l'Administration [reste] libre de décider de l'opportunité qu'il y [a] pour elle de donner ou non suite aux projets de travaux envisagés dans la convention »²⁷². Dès lors, conclure au caractère réciproque des obligations serait une erreur puisque ces dernières ne pèsent que sur l'une des parties. L'inexistence de stipulations obligatoires à la charge de l'administration conduit nécessairement à l'abandon de cette hypothèse. En revanche, serait-ce déformer la réalité que de postuler l'existence d'une réciprocité des prestations par une analyse concrète ? Il est possible d'en douter. De ce point de vue, la réciprocité ne fait pas défaut aux contrats unilatéraux.

²⁶⁹ V. not., B. POUJADE, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, p. 1651.

²⁷⁰ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 242 (nous soulignons).

²⁷¹ B. POUJADE, « L'offre de concours », *BJCP*, 2006, spéc. p. 6.

²⁷² CE Sect., 17 juin 1960, *Sieur Langellier-Bellevue*, *Rec.*, p. 405.

L'une des parties agit directement envers l'autre et espère une contrepartie, laquelle ne fait simplement pas l'objet d'un engagement obligatoire.

Ainsi, seule change fondamentalement par rapport aux conventions synallagmatiques l'absence d'obligation à la charge de l'un des cocontractants. Sans doute s'agit-il d'une différence importante. L'exécution du travail public ou l'organisation d'un service public par l'administration ne trouvent pas leur cause dans la contribution apportée par le particulier. Mais ce dernier escompte tout de même assurer, voire accélérer, la réalisation de l'opération d'utilité publique. Cela ne modifie pas les caractéristiques essentielles de cette convention : « il faut [toujours] un apport gratuit, non compensé par une prestation équivalente du bénéficiaire de l'offre »²⁷³. L'analyse économique ne fournit donc pas une explication satisfaisante, seule compte la réalisation d'une action d'utilité publique perçue par le promettant comme la contre-prestation de son concours. En définitive, peu importe ici le stricte équilibre financier entre les prestations. Est privilégiée une approche pragmatique qui n'est pas étrangère au juge administratif lorsqu'il doit qualifier un contrat²⁷⁴. Envisagée sous cet angle, l'unilatéralité de ces conventions se rapporte donc seulement au caractère obligatoire des clauses. Elle n'exclut pas, en revanche, une part de réciprocité circonscrite aux prestations incombant à chacune des parties²⁷⁵.

134. Malgré tout, il faut concéder que l'administration ne stipule pas uniquement au profit de celui qui offre son concours. La prestation qu'elle exécute ne vise pas spécifiquement le cocontractant. Au contraire, seul l'intérêt général justifie l'opération menée par la personne publique, sur lequel vient seulement se greffer l'intérêt privé du pollicitant. La réciprocité apparaît, de ce fait, atténuée. Elle est imparfaite pour ces conventions mais ne semble pas totalement absente pour autant. Du reste, cette première condition touchant aux conventions unilatérales ne doit pas être exagérée en raison de la rareté des conventions unilatérales en droit administratif. Réduites dans les faits aux contrats de concours, la diminution manifeste de cet instrument dans l'action administrative conduit à minimiser les critiques pouvant être adressées à la réciprocité des stipulations²⁷⁶. Dès lors, si l'approche concrète des

²⁷³ B. POUJADE, « L'offre de concours », *RDP*, 1985, p. 1631.

²⁷⁴ CE Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *Rec.*, p. 477.

²⁷⁵ V. aussi, A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 780.

²⁷⁶ Par ailleurs, il faut dire que l'application de la théorie des contrats unilatéraux est contestée pour certains contrats en droit privé. En témoigne le prêt à usage, v. not., P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, spéc. p. 794.

conventions unilatérales ne convainc pas, il faut reconnaître, du moins, le caractère mineur de l'exception apportée par ces actes. Espèce en voie de raréfaction²⁷⁷, le contrat d'offre de concours est aujourd'hui supplanté par la création ou le perfectionnement de montages conventionnels complexes assurant le financement des projets de l'administration²⁷⁸. Elle ne perd pas tout intérêt mais l'opportunité de son utilisation nourrit désormais de nombreuses hésitations. Au contraire, les conventions d'administration pourraient fournir un terreau propice à l'émergence de nouvelles conventions unilatérales, on peut songer notamment aux actes conclus au sein des administrations. Quoi qu'il en soit, l'existence de conventions dont les stipulations n'obligent que l'une des parties n'est pas un obstacle dirimant à la consécration de la réciprocité. De même, il n'est pas nécessaire d'attacher au caractère réciproque des effets susceptibles d'empêcher sa reconnaissance en droit administratif.

b) La condition relative aux effets de la réciprocité

135. Consacrer la réciprocité des stipulations n'est pas sans conséquence. D'un point de vue formel, il s'agit seulement d'analyser les conventions comme des actions identifiables par la réciprocité qui les anime. Mais cette affirmation doit être assortie de conditions relatives aux effets qui parfois s'y attachent. Le caractère réciproque des stipulations peut, par exemple, supposer l'applicabilité de la règle de l'exception d'inexécution. Dans la mesure où les prestations assurées par les parties sont dépendantes les unes des autres, ne faudrait-il pas en déduire que le cocontractant peut se prévaloir d'un manquement de l'administration pour ne pas avoir à exécuter ses engagements²⁷⁹ ? En principe, cette possibilité ne vaut pas pour les conventions publiques. Comme le rappellent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « l'inexécution par l'administration de ses propres engagements n'autorise en effet le cocontractant à ne pas exécuter les siennes que lorsque cette dernière exécution est rendue impossible ; [...] lorsqu'il n'en est pas ainsi, le cocontractant ne peut

²⁷⁷ Depuis deux décennies, on recense très peu de cas d'offre de concours dans la jurisprudence administrative, v. par ex., CE, 15 févr. 1989, *Mme X.*, req. n° 58475. V. plus anc., CE Sect., 20 janv. 1961, *Sieur Lafay c/ commune de Manon*, Rec., p. 46.

²⁷⁸ On peut mentionner, à titre illustratif, les contrats de partenariat public-privé dans lesquels le financement peut être confié, en partie ou en totalité, à une entreprise partenaire (art. 1^{er} de l'ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF* du 19 juin 2004, p. 10994). Cette solution financière rencontre de nombreuses difficultés ayant justifié d'importantes modifications, v. sur ce point, S. BRACONNIER et R. NOGUELLOU, « L'influence de la crise sur les marchés publics et contrats de partenariat public-privé », *RDI*, 2010, p. 24.

²⁷⁹ Ou, de même que pour les conventions internationales, faire de la réciprocité une condition d'applicabilité de la convention (v. not., sur cette question et les pouvoirs du juge administratif, S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chron. sur l'arrêt CE Ass., 9 juill. 2010, *Cheriet-Benseghir*, *AJDA*, 2010, p. 1635).

se prévaloir des fautes contractuelles de l'administration pour suspendre l'exécution du contrat »²⁸⁰. Cette règle traduit bien l'inégalité persistante entre les parties puisqu'il est possible pour l'administration, en revanche, d'opposer l'exception d'inexécution à son cocontractant pour ne pas avoir à assurer ses engagements.

Justifiée par l'intérêt général lié à l'exécution des conventions administratives, la prohibition de l'exception d'inexécution n'est pas mise en péril par la réciprocité des stipulations. En apparence, tel semble être le cas. Mais une distinction doit être faite entre la valeur de la réciprocité comme élément d'identification d'un acte conventionnel et les conséquences qu'elle peut produire sur l'exécution de ces actes. Il n'existe, en aucun cas, une implication logique et nécessaire entre ces deux aspects. Cela dépend toujours de choix qui relèvent de la politique juridique. Certains systèmes déduisent, il est vrai, de la réciprocité la règle de l'exception d'inexécution. Toutefois, une telle solution s'explique essentiellement par la volonté de préserver la situation des deux parties. Inspirée par un certain libéralisme juridique, une semblable motivation ne joue pas pour l'exécution des conventions administratives en raison de l'utilité publique attachée aux prestations. Aussi l'exception d'inexécution n'est-elle jamais une conséquence logique de la réciprocité des stipulations. Elle résulte d'une mise en balance d'exigences différentes²⁸¹.

136. Malgré tout, la reconnaissance du caractère réciproque des stipulations pourrait, le cas échéant, contribuer à une évolution jurisprudentielle quelquefois souhaitée par la doctrine. Pour des motifs distincts, plusieurs auteurs ont montré l'infléchissement de la prohibition de l'exception d'inexécution ou remis en cause son application. En ce sens, M. Llorens souligne que l'exception d'inexécution est opposable à l'administration dans des cas exceptionnels²⁸². Il atténue ainsi la rigueur de l'exclusion pour les contrats administratifs. De façon plus radicale, M. Waline considère que, pour les conventions entre personnes publiques, cette règle se trouve privée de ses fondements initiaux²⁸³. Il en suggère, dès lors, l'abandon pour cette ca-

²⁸⁰ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 2, p. 206.

²⁸¹ *A contrario*, lorsque le juge administratif considère que « le fait, pour la ville d'Amiens, de n'avoir pas correctement exécuté les obligations contractuelles [...], n'était pas de nature à dispenser la société [...] d'exécuter ses propres obligations contractuelles » (CE, 7 janv. 1976, *Ville d'Amiens, Rec.*, p. 11), cela ne signifie pas qu'il réfute l'existence d'une réciprocité entre les stipulations. Plus simplement, il décide de ne pas en tirer toutes les conséquences possibles.

²⁸² F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 433.

²⁸³ J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 233 : « On peut se demander si, dans les relations contractuelles entre personnes publiques il ne serait pas possible, par dérogation à la théorie

tégorie de contrat. Enfin, dans une étude intitulée *plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs*, M. Terneyre affirme sans ambages que « par principe, l'exception d'inexécution ne devrait pas être exclue du droit des contrats publics »²⁸⁴. Relevant plusieurs dérogations, cet auteur souligne qu'on ne trouve guère dans la jurisprudence un principe général de prohibition de l'exception d'inexécution. En somme, celui-ci perdurerait dans des hypothèses liées à « la continuité du service public ou la satisfaction directe des besoins d'intérêt général »²⁸⁵.

Une telle opinion repose indéniablement sur de solides arguments pratiques, comme la nécessité d'adapter le droit des contrats administratifs à la vie des affaires. Il s'agit de gagner la confiance des opérateurs économiques afin de susciter l'intérêt des entreprises et non leur méfiance. Toutefois, d'un point de vue théorique, cette tentative butte sur l'attractivité de la notion d'intérêt général. Celle-ci risque de circonscrire, de façon drastique, l'application de l'exception d'inexécution. M. Terneyre ne cite ainsi que l'offre de concours et la convention d'occupation privative du domaine public parmi les conventions administratives pour lesquelles l'exception d'inexécution pourrait jouer. D'un côté, cette faible quantité d'actes facilite la reconnaissance de cet instrument dans les relations conventionnelles puisque ce dernier emporte alors peu de conséquences pratiques. Mais d'un autre côté n'est-ce pas aussi le signe que l'exception d'inexécution ne saurait être perçue comme le principe en droit administratif ? Au demeurant, lorsque les particuliers disposent de cette faculté, ses modalités de mise en œuvre en restreignent encore la portée. La continuité du service public et la satisfaction des besoins d'intérêt général, qui fondaient l'exclusion de l'exception d'inexécution, réapparaissent, en effet, comme des conditions de son exercice. Il est alors fort probable que de l'inapplicabilité théorique de l'exception d'inexécution, on passe à l'inapplication pratique de l'exception d'inexécution. Cela dépendrait, en tout état de cause, de l'appréciation du juge. Quoi qu'il en soit, la réciprocité des stipulations pourrait nourrir les discussions relatives à

générale, de faire jouer l'exception d'inexécution. En effet, la justification de cette exception réside dans la nécessité de contraindre le particulier à assurer la mission de service public qui lui a été confiée ainsi que sur la considération qu'un particulier ne peut pas se faire justice lui-même à l'encontre de l'Administration. Lorsque la « victime » de l'inexécution est une autre personne publique, ces raisons peuvent-elles encore jouer ? »

²⁸⁴ Ph. TERNEYRE, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 806. L'auteur en déduit « qu'aucune règle ni aucun principe de droit positif ne doivent empêcher aujourd'hui le juge administratif de décider que, à certaines conditions, le cocontractant de l'administration peut légalement opposer à cette dernière l'exception d'inexécution si l'objet du contrat en cause ou l'obligation contractuelle inexécutée est sans rapport avec la satisfaction des besoins de la collectivité publique ou la continuité du service public » (*Ibid.*, p. 807) (souligné dans le texte).

l'exception d'inexécution en droit des contrats administratifs. Elle ne suppose nullement que l'interdiction de cette technique soit abandonnée. Mais il est possible qu'elle incite à réexaminer cette question.

137. Conclusion de section. Identique pour l'ensemble des actes conventionnels, la réciprocité permet de constituer un socle pour délimiter une catégorie générique. Il s'agit en quelque sorte du plus petit dénominateur commun aux contrats et aux conventions d'administration. Néanmoins, l'existence de la réciprocité est souvent implicite. Elle semble la plupart du temps admise sans qu'il soit nécessaire d'en faire l'examen. En pratique, la réciprocité conventionnelle n'apparaît véritablement lors des contentieux que dans des situations où la qualification s'avère particulièrement difficile. À cet égard, son efficience ne laisse aucun doute. Il est, en revanche, parfois malaisé de distinguer les deux facettes de cet élément. La réciprocité se manifeste pourtant différemment, et emporte des conséquences propres, selon qu'elle se rapporte aux consentements des parties ou aux stipulations de l'acte. La réunion de ces deux aspects permet de qualifier avec plus de certitude un acte conventionnel. Il est ainsi possible de rendre compte de manière satisfaisante, à la fois, des caractères qui unissent les actes conventionnels en dépit de leur diversité.

138. Conclusion de chapitre. De l'étude des éléments formels résulte une détermination plus certaine de l'acte conventionnel. Alors que cet angle d'analyse est quelquefois perçu comme négligeable, on constate son utilité, en complément des approches classiques, pour marquer l'unité des actes conventionnels par opposition aux actes unilatéraux. Le peu de considération envers la forme s'explique essentiellement par l'étude contentieuse du droit administratif. Celle-ci s'articule, fort logiquement, autour des normes juridiques – entendues dans une conception positiviste stricte – puisqu'elle vise principalement à déterminer la possibilité d'examiner un recours juridictionnel. De ce point de vue, les caractéristiques formelles sont toujours indifférentes. Cela peut justifier le désintérêt que suscitent parfois les analyses relatives à la forme des actes. Il convient cependant de ne pas les écarter radicalement car elles rendent quelques précieux services en fournissant d'utiles indications. Elles permettent notamment de tracer, avec une certaine précision, les contours d'une *méta-catégorie* des actes conventionnels coiffant, à la fois, les contrats et les simples conventions d'administration.

En effet, l'approche formelle permet de concevoir un premier groupe d'actes comportant l'ensemble des conventions, dans une acception large du terme. Il pourrait comprendre toutes les manifestations de volonté, matérialisées par l'expression de plusieurs consentements formulés réciproquement, donnant naissance à des stipulations caractérisées par un lien de réciprocité. On ne peut se satisfaire de cette

seule division puisque celle-ci embrasse des actes juridiques disparates et ne permet pas une distinction fine des actes. De toute évidence, cette seule conclusion ne serait pas convaincante. Il faut ainsi reconnaître que l'efficacité de l'examen formel est limitée. Ce dernier ne suffit pas à établir une distinction fiable au sein des actes conventionnels. Pourtant, sa prise en considération demeure essentielle pour marquer leur opposition avec les actes unilatéraux.

139. Dépassant les confusions introduites par les apparences, et notamment par les dénominations qui sont toujours indifférentes, il appartient ainsi au juge d'apprécier l'existence d'un acte par la recherche des consentements exprimés par chaque partie. Ensuite, par application du critère de la réciprocité conventionnelle, tant sur les consentements que sur les stipulations, il lui est possible d'identifier ou non une convention. Cette analyse simple est générique. Elle peut valoir pour l'ensemble des actes conventionnels, qu'il s'agisse de conventions de droit administratif, de droit privé, voire de droit international. Toutefois, il ne s'agit pas de surestimer ces ressemblances car, à ce niveau de généralisation, il semble banal que les systèmes juridiques se rejoignent.

Cette première classification présente donc un intérêt systémique mais n'emporte que des conséquences contentieuses assez réduites. Le juge administratif n'envisage cette étape du raisonnement que de façon implicite. Voilà pourquoi la jurisprudence ne permet pas une investigation satisfaisante de la notion formelle d'acte conventionnel. Ce moment du raisonnement est souvent ignoré dans la pratique du juge. Il demeure néanmoins intellectuellement indispensable. Il doit nécessairement précéder l'examen matériel des actes conventionnels, lequel permet d'établir, au contraire, une distinction satisfaisante entre les authentiques contrats et les conventions d'administration.

Chapitre 2

La distinction matérielle entre contrat et convention d'administration

140. Sous l'influence de la conception de l'État-gendarme, la production juridique des personnes publiques s'est longtemps épuisée dans le commandement et la contrainte¹. En dehors de ces expressions de la puissance publique, il n'existait guère de place pour des modes d'administration plus souples. Cela se vérifiait pour les actes unilatéraux comme pour les actes conventionnels. Progressivement sont apparues des techniques d'administration privilégiant le recours aux recommandations, aux directives ou encore aux objectifs². Depuis quelques décennies, la norme semble ainsi concurrencée par l'émergence de procédés non normatifs. Bien que les moyens de commandement restent prépondérants, l'action administrative est désormais plus complexe et désordonnée en raison de son caractère mixte. Non seulement cette mixité perdure entre les actes unilatéraux et conventionnels, mais elle croît entre les énoncés normatifs et non normatifs³.

¹ V. en ce sens, P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 287 et s. ; P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, 2008, p. 1850 et s. ; J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 83 et s. A. VAN LANG, « Les objectifs en droit administratif », in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 106-108. V. pour une présentation théorique, à partir d'une relecture historique de la construction de l'État résultant de la pensée bodinienne, de la question de la puissance publique (O. BEAUD, *La puissance de l'État*, th., PUF, coll. « Léviathan », 1994, spéc. pp. 53-130). V. pour une présentation de science administrative et portant sur les contrats de plan, E. MERLE et S. LOUIS, *Les ambiguïtés de la planification décentralisée : l'expérience des contrats de plan*, th. Amiens, 1986, p. 72 et s. V. pour une analyse de la contractualisation comme renouvelant les pouvoirs de commandement, É. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, th., Dalloz, coll. « NBT », t. 109, 2011, pp. 414-424.

² P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275 et s. ; v., dans le domaine économique, J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 133 et s.

³ V. not., S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

S'agissant des actes conventionnels, ces transformations recouvrent une signification particulière. Comparée à l'édition d'un acte unilatéral, la conclusion d'un contrat révèle, en effet, la volonté de la personne publique de recourir à un procédé commun. Elle conserve certaines prérogatives mais s'écarte des moyens de puissance publique. Voilà pourquoi l'existence de conventions ne comportant que des stipulations directives peut paraître moins surprenante. Par rapport aux actes unilatéraux, cette hypothèse correspond plus volontiers au consensualisme conventionnel. Aussi les relations contractuelles sont-elles propices à l'essor de pareilles clauses.

141. Plusieurs appréciations peuvent être formulées sur cette incontestable évolution. Du point de vue de la science administrative, M. Timsit explique, par exemple, l'effacement progressif de la norme par la mise en cause de sa valeur pour garantir l'équité et l'efficacité⁴. Cela peut également être rapproché de la volonté des pouvoirs publics de rationaliser la production juridique⁵. De manière générale, ce changement dénote sans doute de l'inadaptation des méthodes traditionnelles⁶. Et peut-être annonce-t-il une métamorphose plus profonde de l'action des personnes publiques ?

En tout cas, cette tendance emporte de lourdes conséquences puisqu'elle altère la sécurité des rapports conventionnels. Le caractère impératif de la norme paraissait autrefois garantir la réalisation des prestations par les parties, elle permettait, le cas échéant, d'en sanctionner la méconnaissance. À l'inverse, les relations conventionnelles structurées par des stipulations privées d'impérativité introduisent des incertitudes s'agissant de l'exécution de l'acte. La flexibilité des rapports est privilégiée mais elle s'accompagne souvent de l'imprévisibilité des conséquences. Paradoxalement, ces actes ont une vocation prospective bien qu'ils ne comportent que peu de garanties. Dès lors, cette pratique méconnaît une fonction primordiale du droit : « la fonction de sécurité »⁷. Il faut s'en inquiéter d'autant plus qu'à l'incertitude des effets produits par l'acte s'ajoute celle relative à la nature de l'acte. C'est-à-dire que les par-

⁴ G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 55.

⁵ J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 11 et s.

⁶ V. par ex., A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 454 et s. ; J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 113 et s.

⁷ J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chron., p. 100. V. aussi, M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, p. 364 : « il me paraît incontestable que la finalité du Droit n'est pas exclusivement d'assurer la Justice entre les hommes, mais aussi d'apporter de la sécurité dans les rapports sociaux ».

ties elles-mêmes se trouvent parfois incapables d'identifier si la convention contient des stipulations normatives ou non. Ces modes de régulation juridique provoquent une dispersion de la notion contractuelle. Ils incitent donc à opérer une délimitation plus stricte de celle-ci. Dès lors, cette évolution peut comporter une utilité pratique et donner l'occasion d'une mise au point théorique.

142. Postulant la nécessité de la coexistence des instruments prescriptifs et directifs, il convient de proposer une distinction plus lisible au sein des actes conventionnels. Cela suppose de déterminer les critères, ou les indices selon la méthode retenue, permettant de distinguer ces catégories. Cette approche suggère une analyse d'ordre ontologique, puisque chercher à définir la norme juridique c'est aussi délimiter l'ordre juridique⁸. Cela fournit le concept principal de l'ordre juridique. Celui à partir duquel les catégories d'actes sont organisées. Or, bien qu'au centre du droit, la norme est paradoxalement difficile à appréhender. Les préoccupations relatives à l'organisation des procédés de normalisation contribuent d'ailleurs à obscurcir ses acceptations⁹. Nombreuses sont les études positivistes qui ont apporté des nuances à la théorie kelsénienne. La compréhension du droit par référence à la norme s'en trouve moins intelligible¹⁰. Dans le cadre de cette étude, il faut s'entendre sur l'acceptation que l'on retient de la notion de norme. Parmi les multiples définitions¹¹, la norme sera envisagée dans une démarche stipulative comme la signification prescriptive attachée à un énoncé juridique.

Les incertitudes formulées à l'encontre du critère matériel ne peuvent être éludées¹² mais elles se trouvent limitées du fait de la modestie de son utilisation. Il ne s'agit ici que de l'appliquer aux seuls actes conventionnels. Par conséquent, cela écarte les critiques s'appuyant sur les actes unilatéraux, et spécifiquement sur les lois.

⁸ V. not., M. PELLETIER, *Les normes du droit fiscal*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 78, 2008, p. 15. V. égal., J. CHEVALLIER (dir.), « La normativité », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, spéc. p. 57.

⁹ V. sur ce point, le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *JORF*, 17 juin 2009, p. 9860.

¹⁰ É. MILLARD, « Qu'est-ce que la norme juridique ? », in J. Chevallier (dir.), *La normativité, Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (n° 21), p. 59.

¹¹ O. PFERSMANN, « Norme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1079 et s.

¹² N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD Civ.*, 1999, p. 733 : « mises bout à bout, les diverses solutions qui participent de la distinction du normatif et du non-normatif n'ont guère de cohérence, attestant de l'absence de *criterium* pertinent ». L'auteur émet ensuite des doutes sur la pertinence du normativisme, mais en estimant qu'il envisage le droit comme s'épuisant dans la norme. Désormais, il apparaît indispensable de consacrer, en dehors du droit normatif, un droit non prescriptif. Telle qu'elle est définie par la doctrine kelsénienne, la norme ne permet plus la délimitation du droit. Cette ambition a sans doute animé le positivisme juridique, mais elle semble désormais contredite par la pluralité des manifestations juridiques.

Et les éventuelles imperfections que l'on pourra relever n'affectent guère la valeur explicative du critère matériel pour systématiser la diversité des actions conventionnelles. Il permet d'établir une distinction lisible entre les conventions et susceptible d'emporter des conséquences sur le régime des actes. Sans préjuger de la possibilité de compléter cette analyse, elle s'impose comme un axe principal de la réflexion. Ainsi, la distinction matérielle entre les contrats et les conventions d'administration repose sur l'impérativité de leurs stipulations (Section 1). Il s'ensuit qu'elle est, en théorie au moins, tributaire de la volonté des parties malgré l'intervention d'autres entités (Section 2).

Section 1 : Une distinction fondée sur l'impérativité

143. S'inspirant de la théorie des actes unilatéraux, les actes conventionnels peuvent être différenciés en fonction de leur contenu. Comme il est possible de classer un acte unilatéral selon le degré d'impérativité que revêtent ses dispositions, l'analyse des stipulations d'une convention fournit un critère de distinction efficace¹³. Cette comparaison ne correspond pas aux approches retenues par les auteurs civilistes¹⁴. Mais cela ne bouleverse ni les fondements théoriques ni la construction historique de la notion contractuelle. Au contraire, il s'agit de revenir à une délimitation plus stricte du contrat. Par l'exclusion des actes ne comportant que des énoncés dépourvus d'impérativité, cette notion ressort alors avec plus de netteté¹⁵.

144. La classification proposée soulève cependant deux difficultés sérieuses. D'une part, elle suppose une identification de l'acte par ricochet. Car seule l'impérativité des stipulations commande ici la qualification de l'acte. Soit celles-ci sont dotées de ce caractère et l'acte les contenant doit être qualifié de contrat. Soit

¹³ Cette hypothèse a déjà été évoquée, sans être approfondie : A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 408 : « nos catégories juridiques comportent peut-être une lacune à cet égard : il pourrait être nécessaire d'inventer une notion qui traduise le caractère intermédiaire de mesures destinées à produire certains effets sans pour autant les commander directement. La directive a pu ainsi apparaître comme un intermédiaire entre la mesure d'ordre intérieur et le règlement. On pourrait concevoir une notion analogue à propos de mesures qui, d'une part, résultent d'un commun accord, d'autres part programment certains comportements sans pour autant les imposer ».

¹⁴ Ch. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008, p. 11 : « Le civiliste raisonne couramment en opposant le contractuel au délictuel, le contractuel à l'ordre public... Ce sont traditionnellement les obligations qui sont contractuelles ; l'article 1101 du Code civil penche de ce côté ».

¹⁵ Cette méthode de classification est proposée pour les conventions en dépit de ce que « l'impératif ne brille pas par son pouvoir de séduction » (D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 181). L'adéquation de ce critère provient d'ailleurs de ses possibilités d'adaptation aux mutations contemporaines de l'action publique (*ibid.*, pp. 206-218).

elles apparaissent simplement directives et l'acte les contenant doit être qualifié de convention d'administration. Ainsi ce critère offre-t-il une identification indirecte de l'acte. Il suggère aussi une éventuelle mixité des stipulations qui peut conduire, le cas échéant, à des traitements juridictionnels différents entre des énoncés juridiques relevant pourtant d'une même convention¹⁶. Cette difficulté ne peut être contournée dans le cadre d'une étude normative puisqu'elle s'opère au regard d'énoncés et non d'actes. D'autre part, cette méthode de distinction implique une appréciation dualiste qui simplifie l'extrême diversité des stipulations. Car les clauses peuvent recouvrir, à des degrés très variables, un caractère impératif ou non. Il est alors très schématique de résumer par une césure franche cette graduation allant de la *directivité pure* à l'*impérativité pure*. N'ignorant pas cette réalité¹⁷, l'artifice assumé semble toutefois nécessaire pour ordonner les actes conventionnels. En tout état de cause, le juge doit bien se prononcer *in fine* pour l'une ou l'autre de ces hypothèses : facteur de sécurité, la qualification juridique suppose parfois une simplification de la réalité.

145. Parfois confondus dans les doctrines positivistes, le caractère (Sous-section 1) et les corollaires (Sous-section 2) de l'impérativité méritent d'être strictement distingués. Le premier est essentiel pour l'identification de la stipulation et peut être assorti des seconds. Certains corollaires de l'impérativité sont même indispensables pour que l'acte conventionnel soit parfaitement constitué. Pour autant, ils n'en deviennent pas des caractères de l'impérativité.

Sous-section 1 : Le caractère de l'impérativité

146. La jurisprudence administrative envisage souvent les stipulations conventionnelles selon leur précision. Lors d'un contentieux, ce caractère permet notam-

¹⁶ Tel est remarquablement le cas des contrats de pôles, conclus au sein des établissements de santé. Ils peuvent être classés parmi les conventions d'administration en raison de la présence de stipulations directives. Mais ils renferment également des dispositions réglementaires pour l'organisation du service, ce qui justifie la qualification d'acte unilatéral négocié retenue par certains auteurs (J. CAILLOSSE et J. HARDY, *Droit et modernisation administrative*, La documentation française, DGAFP, 2000, p. 83 et s.). Et cela se comprend aisément en raison de la nature du pôle et du caractère interne de cette technique (v. part., le contrat-type de pôle du Centre hospitalier de Roanne, dans sa version de septembre 2007, consulté sur le site www.creer-hopitaux.fr. Dans son article 4.1, il est précisé que « les clauses générales de ce contrat font parties intégrantes du règlement intérieur du Centre hospitalier »). V. aussi, sur la notion de « conventions mixtes », M. STAUB, *L'indivisibilité en droit administratif*, th., LGDJ, BDP, t. 197, 1999, pp. 516-520 ; et sur les « actes mixtes » en matière de consultation, Y. WEBER, *L'administration consultative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 82, 1968, p. 237-249.

¹⁷ V. not., M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Journées nationales, t. 13, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 1 : « le droit n'est pas dur ou souple. Il est l'un et l'autre, voir l'un par l'autre, au sens de dialectique » ; *ibid.*, p. 4 : « le droit est une question de degré. Il est plus ou moins dur et plus ou moins souple. En ce sens, L'ampleur croissante du droit souple n'est pas le signe d'une dégradation du droit, mais la preuve d'une graduation dans le droit ».

ment d'examiner la recevabilité d'une demande. En effet, l'imprécision d'un énoncé justifie pour le juge qu'il ne puisse en contrôler la validité ou le respect. À la vérité, ce raisonnement est discutable dans la mesure où il écarte toute possibilité d'apprécier l'impérativité de la stipulation. Ou plutôt, les décisions jurisprudentielles semblent substituer le critère de la précision d'un texte à son caractère impératif. Or, dans une approche normative, ce dernier devrait dominer la définition de la norme juridique¹⁸. Certes, le juge se livre, dans les deux cas, à une analyse intrinsèque de l'acte. Mais le raisonnement procède de deux niveaux distincts. Il mériterait d'être harmonisé avec celui adopté s'agissant des actes unilatéraux. Car peu importe la précision d'une stipulation conventionnelle (§1), seule sa teneur impérative offre une distinction satisfaisante et fournit un critère opérationnel (§2).

§1. L'indifférence de la précision de la stipulation

147. Évaluer la précision d'une stipulation conventionnelle pour déterminer sa nature semble impliquer un raccourci intellectuel. Il consiste à se dispenser de l'examen du caractère normatif de la clause. Pour cette raison, il convient de mieux comprendre la méthode suivie dans la jurisprudence. Ce que le juge recherche dans ce critère n'est-ce pas, en définitive, l'impérativité de l'énoncé ? Le doute suscité par cette pratique s'explique d'abord par le caractère équivoque de la précision (a). Du reste, la mise à l'écart du caractère précis est confortée par l'inexistence d'un lien indissociable avec la norme. Car il peut arriver que la précision d'un texte ne révèle aucune impérativité. Comme il est possible qu'un énoncé imprécis soit pourtant impératif. Ainsi, la fonction assignée à ce caractère souffre d'une inefficacité qui souligne son indifférence pour établir la normativité d'un énoncé (b).

a) L'équivocité de la précision

148. Le sens attaché à la précision d'un énoncé par le juge est équivoque. Cela provient de la multiplication de son utilisation (1°), laquelle exacerbe la confusion de ses significations (2°).

1° La multiplication des utilisations de la précision

149. Lorsqu'il est confronté à l'examen d'une convention d'administration, le juge administratif distingue ses stipulations au moyen du degré de précision de leur

¹⁸ Puisque l'approche retenue ici consiste à observer matériellement les stipulations conventionnelles, le caractère impératif ne nécessitera pas de s'interroger sur des éléments extrinsèques. On songe notamment à la régularité du titre au nom duquel les parties peuvent se lier.

énoncé. Le plus souvent, cette méthode transparait seulement de façon implicite des décisions jurisprudentielles. Aborder son utilisation impose donc un effort particulier d'interprétation, car le juge ne le mentionne pas. Cette absence ne signifie pas qu'il ne s'y réfère pas. Il s'agit seulement d'une étape du raisonnement juridictionnel, qui ne mérite pas d'apparaître dans la décision. Peut-être parce que, de toute façon, l'acte comportant des stipulations imprécises est voué à être écarté du litige.

Assez erratiques, les formulations du Conseil d'État se bornent, par exemple, à rappeler qu'un protocole d'accord « constitue une déclaration d'intention dépourvue de valeur juridique et de force contraignante »¹⁹. Avec la même sobriété, une rédaction comparable a servi pour l'identification de contrats parmi plusieurs actes conventionnels²⁰. S'agissant d'un contrat de plan, après s'être contenté de relever la qualification légale²¹, le juge administratif a souligné qu'il n'emportait « par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »²². Cantonnée aux seules décisions jurisprudentielles, la méthode de qualification des stipulations demeure ainsi énigmatique. Elle paraît plus certaine en se référant aux conclusions des commissaires du gouvernement, devenus rapporteurs publics, du Conseil d'État.

Une intuition s'y vérifie : pour le juge, lorsque l'examen des clauses conventionnelles révèle un contenu vague, aucune normativité ne peut leur être reconnue²³. À l'inverse, M^{me} Prada-Bordenave estime que des conventions « assez précises et [comportant] des engagements financiers » doivent être « considérées non pas comme de simples déclarations d'intention mais comme de vrais contrats suscep-

¹⁹ CE, 27 oct. 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation*, *Rec.*, tab., p. 766. De même, CE, 29 mai 1987, *Union nationale pour l'expertise comptable*, *Rec.*, tab., p. 869 ; CE, 1^{er} févr. 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, *RFDA*, 1999, p. 221, note C. Moniolle ; CE, 16 févr. 2001, *Association régionale de défense des intérêts professionnels de l'officine*, req. n° 215851 ; CE, 6 mars 2002, *Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privés*, req. n° 228611.

²⁰ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *Rec.*, p. 534 : « si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État » (nous soulignons).

²¹ CE, Ass., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, p. 2.

²² CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, p. 415.

²³ J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *RFDA*, 1997, p. 341 : « ce document [le contrat de plan] énumère les objectifs recherchés d'un commun accord par les parties contractantes, ces objectifs étant formulés en des termes généraux ; ils ne sauraient en eux-mêmes se voir reconnaître une portée normative » (nous soulignons).

tibles de faire naître des droits et obligations entre les parties »²⁴. Cette affirmation se réfère à des indications données par des jurisprudences antérieures. Elle représente surtout l'existence d'un consensus sur la liaison entre le caractère flou d'un énoncé et l'absence d'obligation. Du reste, Guy Braibant avait déjà établi cette relation. L'actuelle politique jurisprudentielle trouve vraisemblablement son origine dans l'appréciation retenue par ce dernier concernant les réglementations conventionnelles en matière de prix. Pour exclure la nature contractuelle de ces actes, il considéra que « l'État et les professions ne prennent que des « engagements » de caractère vague et général qui n'ont aucun contenu juridique précis »²⁵. Ce procédé aiguille aujourd'hui le travail du juge pour les conventions d'administration.

150. De nombreux auteurs souscrivent à cette méthode de qualification. Selon M. Dreyfus, la jurisprudence administrative soumet ainsi la qualification contractuelle à la condition que l'acte conventionnel comporte « des clauses suffisamment précises, ayant une force obligatoire »²⁶. Il arrive parfois que le caractère précis ne soit pas perçu comme suffisant pour qualifier une clause mais soit néanmoins associé à l'identification²⁷. À cet égard, M. Gaudemet estime qu'il « n'y a pas engagement contractuel [...] lorsque celui-ci reste trop vague ou général, dépourvu de contenu précis »²⁸. Au demeurant, la doctrine organique corrobore cette perception de l'engagement. Dans son rapport pour 2008, le Conseil d'État avoue, en effet, son embarras bien légitime face à « ces « contrats » [...] qui ne comportent pas toujours

²⁴ E. PRADA-BORDENAVE, concl. sur l'arrêt CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *RJEP*, 2008, comm. n° 16 (nous soulignons).

²⁵ G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *AJDA*, 1973, p. 324 (nous soulignons). On peut relier ces conclusions aux développements antérieurs d'un membre du Conseil d'État jugeant les dispositions de certains actes économiques « trop vagues » (J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 138).

²⁶ J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 576. J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 111 ; v. pour une opinion dubitative, J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 232.

²⁷ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 198 : « la portée normative des dispositions des contrats de plan va dépendre non seulement du degré de précision des engagements souscrits, mais en outre de la possibilité de les faire sanctionner par le juge administratif ». V. égal., D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2009, p. 290.

²⁸ Y. GAUDEMET, « Les contrats de solidarités (aspects de droit public) », *Dr. soc.*, 1982, p. 343. V. aussi, J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Économica, 2003, p. 359 : « La fréquente imprécision des engagements contenus dans les accords entre personnes publiques fait douter de leur force obligatoire et, par suite de leur nature contractuelle ». Une approche semblable existe pour les actes en droit international, comme le relève Paul Reuter (P. REUTER, « Le traité international, acte et norme », *APD*, 1987, p. 111).

de véritables engagements »²⁹. Il concède également les difficultés rencontrées en raison du « contenu souvent imprécis des engagements »³⁰. La ligne de conduite jurisprudentielle apparaît donc. Il s'agit bien pour le juge de vérifier l'existence d'obligations, scellées par convention, au regard de la précision des énoncés³¹.

2° La confusion des significations de la précision

151. Pragmatique, le raisonnement du juge néglige une distinction théorique essentielle. En associant l'obligation à la précision, il semble confondre le caractère précis de la stipulation, entendu comme la marge de manœuvre laissée aux parties, et celui de l'impérativité, c'est-à-dire l'existence ou non d'une obligation à la charge des parties. Une telle ambiguïté est en elle-même regrettable. Elle renvoie indirectement aux différentes acceptions attachées à la notion de contrainte³². Cette dernière peut signifier que l'énoncé juridique contraint son destinataire en raison du commandement qu'il contient. Mais la contrainte est aussi susceptible de viser un énoncé, éventuellement dépourvu de caractère obligatoire, encadrant la situation de son destinataire³³. Le premier sens comporte une alternative simple : soit l'acte est contraignant, soit il ne l'est pas. Il se rapporte à la définition de l'obligation. En conséquence, dans cette acception, l'analyse de la précision intervient avant le caractère obligatoire puisqu'elle contribue à son identification. Le second sens suggère une pluralité de situations selon le degré de liberté laissé au sujet. Plusieurs comportements, valables au regard de la stipulation, peuvent être adoptés par les parties. Il intéresse donc l'efficacité de l'obligation³⁴ et, ainsi, se manifeste après l'identification du caractère

²⁹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 140. Le terme « engagements » s'entend ici comme « obligations ».

³⁰ *Ibid.*, p. 103. Le terme « engagements » s'entend ici comme « objectifs ».

³¹ *Ibid.*, p. 104 : « La ligne directrice de la jurisprudence sur les CPER apparaît donc beaucoup plus claire : tout dépend de la précision des clauses du contrat et de la présence d'engagements. Dans les affaires précédentes, le CPER ne comportait que des déclarations d'intention, qui nécessitaient des conventions particulières d'application projet par projet » (nous soulignons). Dans cette affirmation, il faudrait préciser d'ailleurs le lien de causalité entre la précision du texte et l'existence d'engagements, au sens d'obligations.

³² V. not., Ch. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ/Bruylant, 2005, spéc. pp. 25-33.

³³ On retrouve cette acception dans plusieurs travaux de science administrative. V. not., G. MARCOU, « La coopération contractuelle, la ville et le droit » in G. Marcou, F. Rangeon et J.-L. Thiébault (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 99. V. pour décomposition de ce terme en quatre éléments, P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, 2008, p. 1847 et s.

³⁴ La précision comme élément d'effectivité de l'obligation est régulièrement évoquée. V. not., M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70. V. impl.,

obligatoire. Au vu de cette distinction, il est difficile de savoir à quel sens se réfère la jurisprudence. Mais il semble bien que la précision y est envisagée comme un élément caractérisant l'obligation et non comme un élément susceptible de limiter plus ou moins la liberté des parties.

152. Dès lors, il ne faut pas se méprendre sur la signification conférée à la précision dans l'analyse des clauses. Comme en atteste la jurisprudence et les conclusions qui s'y rapportent, elle sert principalement à évaluer l'impérativité de la stipulation afin d'établir l'existence d'une obligation. Cette approche est néanmoins rendue confuse car il arrive également au juge administratif de mentionner la précision au sujet d'obligations contractuelles. En ce cas, elle permet d'examiner la rigueur de l'encadrement prévu par la norme. Elle joue comme un critère réducteur qui limite les possibilités d'agir de la partie concernée.

En témoignent les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens dans le domaine hospitalier, ainsi qu'ils sont interprétés par l'arrêt *Fédération de l'hospitalisation privée*³⁵. Le Conseil d'État y écarte un moyen visant un article du Code de la santé publique qui prévoit le caractère « précis et mesurable »³⁶ des engagements conventionnels. Destinée à garantir la qualité des soins prodigués, cette disposition veille à l'effectivité de la mesure qui sera établie par la conclusion du contrat. Il ne s'agit donc pas de déterminer l'existence d'une obligation par le biais de la précision mais d'évaluer sa portée. De même, le juge administratif entretient une ambiguïté lorsqu'il évoque les « obligations précises » des « contrats particuliers » mettant en œuvre les contrats de plan³⁷. Car cela suggère bien, *a contrario*, la possibilité d'obligations imprécises. Le critère de la précision apparaît alors indifférent pour établir l'existence d'un énoncé impératif. Il n'est plus l'instrument de détermination de la norme mais d'évaluation de son efficacité. Parce que le juge renvoie tantôt à la première accep-

A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 465 ; J.-M. PONTIER, note sous l'arrêt CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, JCP A, 2008, comm. 2050, p. 34 ; P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 224 et s.

³⁵ CE, Sect., 18 juill. 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, Rec., p. 290.

³⁶ Art. D. 6114-5 du code de la santé publique.

³⁷ CAA Nantes, Plén., 30 déc. 2005, *Établissement public d'aménagement de la Loire et de ses affluents (ÉPALA)*, Rec., tab., p. 764 : « Considérant que le protocole d'accord du 13 février 1986 et la charte du 6 juillet 1994 qui s'y est substituée constituent, au sens des dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, des contrats particuliers dont les stipulations mettaient des obligations précises tant à la charge de l'Etat et de l'Agence de l'eau Loire-Bretagne, pour le financement de la construction du barrage, qu'à la charge de l'Établissement public d'aménagement de la Loire, pour ce même financement, ainsi que pour les modalités de réalisation de l'opération ».

tion, tantôt à la seconde, il entretient une confusion regrettable. Elle peut être résolue en montrant l'inadéquation de la première utilisation par rapport à la finalité recherchée. Dans l'approche du juge, la première fonction de la précision pourrait ainsi être remplacée par l'examen du caractère impératif de la stipulation.

153. Cette perception ne résoudrait pas, il est vrai, toutes les difficultés. Car elles résultent surtout des subtilités tenant à l'interprétation d'un énoncé juridique. Déterminer la précision d'un énoncé requiert un processus d'interprétation. Indispensable, ce dernier est lié au sujet-interprète et comprend donc une part de subjectivité³⁸. Pour examiner la précision d'une stipulation, comme pour interpréter tout énoncé juridique, la subjectivité de l'interprète est toutefois enserrée par les possibilités valablement permises par le texte³⁹. Cela ne rend pas la tâche du juge moins délicate mais autorise plus de prévisibilité de son jugement. En tout état de cause, le remplacement du caractère précis par le caractère impératif présenterait l'avantage de clarifier le raisonnement du juge. La précision serait dès lors limitée à l'examen de la liberté dont bénéficie le destinataire. Cela correspondrait mieux à ce que recherche l'interprète : caractériser un énoncé signifiant une norme. Justifiée par les significations équivoques de la précision, cette évolution est surtout commandée par l'inefficacité de cet élément pour caractériser une obligation.

b) L'inefficacité de la précision

154. La précision influe certainement sur la marge de manœuvre laissée au destinataire. Elle est en revanche sans conséquence sur le caractère impératif ou non d'une stipulation. En d'autres termes, elle conditionne simplement l'efficacité de la clause. Aussi ne permet-elle pas d'établir une discrimination entre les actes juridiques normatifs et non-normatifs. Il arrive qu'un libellé imprécis puisse néanmoins comporter une obligation (1^o). Et il ne paraît pas surprenant qu'un énoncé précis ne soit pas porteur d'une obligation (2^o).

³⁸ P. AMSELEK, « La teneur indéterminée du droit », *RDP*, 1991, p. 1203.

³⁹ Ce constat peut être rapproché de la théorie des contraintes juridiques : « dans la vie juridique, comme dans la vie sociale, économique ou politique, l'usage de la liberté ou du pouvoir est déterminé par certaines causes, qui contraignent les acteurs à agir comme ils le font plutôt qu'autrement » (V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ-Bruylant, 2005, p. 2). Comme le relèvent les auteurs, ces contraintes peuvent appartenir au système juridique. Il peut s'agir de contraintes textuelles.

1° L'impérativité sans la précision

155. Au sein des actes juridiques, il existe sans doute des règles dont le contenu est incertain. Parfois, cela s'avère même être une nécessité théorique, l'incertitude s'analyse alors comme un trait consubstantiel à la norme considérée⁴⁰. En témoignent les principes généraux du droit, au sujet desquels Raymond Odent a très tôt souligné la nature « à la fois obligatoire et imprécise »⁴¹ de leurs implications. Suivant cette approche, la doctrine admet que la qualité de principe suppose, le plus souvent, l'imprécision du contenu⁴². Comme le remarque M. Bergel, « n'étant pas nécessairement énoncés expressément par des règles de droit positif, [les principes généraux] sont moins rigides et moins précis que les prescriptions de textes formels »⁴³. Outre cette perspective ontologique, il est permis de justifier ce caractère vague par une approche plus fonctionnelle des principes. Le juge administratif les envisage, en effet, comme des instruments assurant une certaine flexibilité à sa jurisprudence. Il s'attache en conséquence à préserver cette imprécision afin de se réserver de larges possibilités d'interprétation des textes⁴⁴. L'entretien de ces incertitudes n'est donc pas dénué de motivations et s'inscrit dans une politique jurisprudentielle. Ce faisant, le juge assure l'articulation entre les principes et les règles plus précises⁴⁵.

156. Pour autant, ce caractère ne saurait avoir pour effet d'exclure les principes généraux des propositions renfermant une norme⁴⁶. Puisque « le principe

⁴⁰ Un rapprochement pourrait être fait ici avec la « texture ouverte de la règle de droit » mise en évidence par Hart (H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, pp. 143-154).

⁴¹ R. ODENT, concl. sur l'arrêt CE, Ass., 1945, *Aramu, S.*, 1946, III, p. 4.

⁴² P. de MONTALIVET, « Principes généraux du droit », *J.-Cl. adm.*, fasc. 38, 2007, n° 86 et s. : « au sens normatif du terme, un principe semble désigner une norme juridique générale et fréquemment supérieure. Le mot « général », quant à lui, est par définition imprécis et relatif ». De toute évidence, cet aspect peut être relié à des exigences d'abstraction et de généralisation inhérentes aux principes généraux du droit (P. WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'État », in *Écrits de droit international*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2000, spéc. p. 391 et s.).

⁴³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 100.

⁴⁴ Cela ressort notamment d'une étude de Maxime Letourneur, M. LETOURNEUR, « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE*, 1951, pp. 30-31. V. aussi, B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *RDC A*, 2004, n° 40-41.

⁴⁵ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, pp. 30-31.

⁴⁶ J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 26, 2003, p. 12 : « Parmi les multiples sens que les philosophes du droit attribuent au mot « principe », nous nous rangerons à l'acceptation la plus classique du terme, qui entend par principe les énoncés dotés d'une force juridique suffisante pour que leur soit reconnu le caractère de normes » ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998, p. 496 : « aussi bien nous rangerons-nous à une conception plus classique, celle des principes positifs du droit, doté d'une force juridique suffisante pour qu'ils puissent être considérés comme normatifs, c'est-à-dire produire des effets de droit, s'inscrire dans une

s'oppose par nature à des normes dont il stérilise l'impératif juridique »⁴⁷, cela suppose qu'il combine deux éléments en apparence contradictoires. En dépit de l'imprécision de son contenu, il est porteur de propositions impératives. Ainsi, rompant avec une conception commune de la règle de droit, l'impérativité d'un principe ne se voit jamais remise en question du fait de l'incertitude de ses implications⁴⁸. Cela peut affecter son utilisation et son effectivité, mais ne modifie ni sa normativité ni sa valeur juridique.

157. De même, en matière conventionnelle, le fait qu'une stipulation ne comporte pas certaines précisions relatives à ses modalités d'exécution n'affecte pas sa nature obligatoire. Le juge estime, par exemple, qu'une commune ne peut se prévaloir des lacunes d'un engagement pour s'en délier⁴⁹. En l'espèce, la collectivité ne pouvait valablement considérer qu'elle n'était pas tenue de verser une contribution financière au motif que le travail public subventionné avait été réalisé au-delà d'un délai, non mentionné dans les clauses. Le silence du texte n'autorisait pas la personne publique à en inférer l'absence d'obligation. La requérante s'était bien placée sur le terrain de l'existence de l'obligation puisqu'elle cherchait à nier sa constitution. Il en aurait été autrement si elle avait voulu obtenir une compensation en raison du retard excessif pris dans la réalisation des travaux. Malgré la quantité modeste des illustrations jurisprudentielles, l'assertion énoncée se vérifie donc pour les conventions. Il n'est pas possible de déceler une relation automatique entre le caractère imprécis d'un énoncé et son absence d'impérativité.

Voilà pourquoi la normativité d'une stipulation conventionnelle ne devrait pas être reliée à la précision de son énoncé. À l'inverse de ce que peut laisser croire la jurisprudence⁵⁰, le caractère impératif d'une clause ne dépend pas de sa précision. Autrement dit, le caractère imprécis d'une clause ne chasse pas son caractère normatif,

hiérarchie de normes » ; P. de MONTALIVET, « Principes généraux du droit », *J.-Cl. adm.*, fasc. 38, 2007, n° 193 et s.

⁴⁷ P. MORVAN, « Principes », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1203.

⁴⁸ Remarquons cependant que le juge administratif peut conférer au principe général une portée supplétive, v. not., B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 1, Flammarion, 4^{ème} éd., 2011, pp. 132-137. Auquel cas, il s'imposera à l'autorité administrative à défaut d'un texte réglementaire contraire.

⁴⁹ V. une illustration ancienne, CE, 21 mai 1909, *Ville de Beaune c/ l'État*, *Rec.*, p. 532.

⁵⁰ V. en ce sens, P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 349 : « Parmi tous les actes conclus, seuls certains constituent de véritables contrats. En effet, comme pour l'ensemble des actes juridiques, il faut qu'il y ait un véritable contenu normateur. Le contrat doit exprimer l'accord des parties (au moins deux), par lequel *elles s'engagent par des dispositions suffisamment précises. Elles leur confèrent donc force obligatoire* comme le droit les y autorise » (nous soulignons).

et encore moins juridique⁵¹. Cette conclusion s'impose pour l'ensemble des énoncés juridiques, indépendamment de leur nature conventionnelle ou unilatérale.

158. Enfin, un raisonnement analogique peut confirmer le point de vue défendu ici. Insuffisamment précises, certaines dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sont néanmoins porteuses de normes⁵². En revanche, le juge soumet l'application de ces principes constitutionnels à l'intervention d'un texte⁵³. Ce mécanisme permet à la norme constitutionnelle de déployer ses effets en dépit de son imprécision. Il est vrai qu'en pratique le défaut de précision d'un texte érode son effectivité. Mais cela n'influe pas, en théorie, sur la nature normative de l'énoncé. À cet égard, les membres du Conseil d'État rappellent que le juge administratif justifie sa jurisprudence « par le caractère insuffisamment précis des dispositions en cause du Préambule et donc par la nécessité qu'elles trouvent leur efficacité juridique par le truchement de dispositions législatives »⁵⁴. Un parallèle pourrait encore être établi avec la position du Conseil d'État concernant l'applicabilité indirecte des accords internationaux. Ainsi que le souligne M. Abraham, certaines « stipulations [...] sont formulées dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes, et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers »⁵⁵. Il poursuit, « en pareille hypothèse, ce qui s'oppose à l'effet direct ce n'est

⁵¹ V. not., P. WEIL, Observations sur le rapport provisoire, *Ann. IDI*, 1983, pp. 370-373.

⁵² La référence à l'interprétation de ce Préambule par le juge pourrait être complétée par celle relative à la Charte de l'environnement. Cette dernière a été l'occasion d'une réévaluation de la jurisprudence administrative. Ainsi, concluant sur l'arrêt *Commune d'Anney*, M. Aguila a conforté d'importants éléments ayant trait aux liens entre la précision d'un énoncé et sa normativité. Évoquant de nombreux travaux doctrinaux, il souligne que « le caractère imprécis d'un énoncé n'a rien de surprenant : il est quasiment consubstantiel au droit, lequel revêt par construction un caractère indéterminé » (Y. AGUILA, concl. sur l'arrêt CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Anney*, *RFDA*, 2008, p. 1153, note 23).

⁵³ CE, 10 déc. 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, *Rec.*, p. 675 ; CE, 29 nov. 1968, *Tallagrand*, *Rec.*, p. 606 ; CE, 27 sept. 1985, *France Terre d'Asile*, *Rec.*, p. 263 : « le principe posé par les dispositions du préambule de la constitution du 4 octobre 1958 [...] ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ».

⁵⁴ C. LANDAIS et F. LENICA, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », CE, 19 juin 2006, *Association Eau et rivières de Bretagne*, *AJDA*, 2006, p. 1585.

⁵⁵ R. ABRAHAM, concl. sur l'arrêt CE, Sect., 23 avr. 1997, *Groupement d'intervention et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, *Rec.*, p. 148. V. égal., R. ABRAHAM, concl. sur l'arrêt CE, 22 sept. 1997, *Cinar*, *RFDA*, 1998, p. 563 : « n'est pas d'effet direct la stipulation qui, bien qu'ayant pour objet de garantir des droits au profit des particuliers, n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin » (nous soulignons) ; Ch. MAUGÜÉ, concl. sur l'arrêt CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, *RFDA*, 1999, pp. 358-360.

pas l'objet de la norme, c'est son absence de précision ou son caractère conditionnel »⁵⁶.

159. Dans toutes ces situations, les énoncés juridiques sont marqués par la nécessité d'être précisés pour être appliqués. Cependant, les autorités doivent, par principe, en respecter les termes. Le mécanisme consacré par le juge traduit ainsi l'existence de normes imprécises. Car, une fois la médiation opérée, c'est bien la règle initiale qui est appliquée à l'aune de l'acte médiateur. Du reste, suivant une analyse positiviste, il paraîtrait douteux d'admettre la possibilité d'édicter une norme en précisant un énoncé dont la teneur ne serait pas elle-même normative. Voilà pourquoi l'examen des stipulations ne peut être cantonné à l'incertitude qui touche la réalisation de l'engagement considéré. Il ne s'agit pas de réfuter l'absence de normativité des clauses des conventions d'administration. Mais elle ne devrait pas être analysée au regard de l'imprécision. Cette déduction se trouve confirmée par l'existence d'énoncés juridiques précis et pourtant non-impératifs.

2° La précision sans l'impérativité

160. Malgré des divergences sur la définition de la norme, la plupart des discours doctrinaux concordent sur l'existence dans l'ordonnement juridique d'énoncés précis non impératifs. Ce constat n'est guère surprenant puisque la précision d'un texte ne le rend pas prescriptif. Comme le souligne M. Weil, « une disposition non normative aura beau avoir un contenu bien déterminé [...], elle n'en deviendra pas pour autant une norme juridique »⁵⁷. Celle-ci peut s'avérer simplement directive, incitative ou encore déclaratoire. Dans tous ces cas, l'énoncé est certes marqué par la définition particulière de ses termes – ce qui laisse à l'interprète un moindre degré d'appréciation – mais il n'en résulte aucune norme. En définitive, le contenu du texte est clair mais cela n'implique pas pour le destinataire d'adopter, de façon obligatoire, un comportement. La jurisprudence administrative contient quelques rares illustrations de dispositions précises et non impératives. Tel est le cas du rapport accompagnant les lois de financement de la sécurité sociale comme l'énonce l'arrêt *Rouquette*⁵⁸. Dans une note, le commissaire du gouvernement estime

⁵⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁵⁷ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 8.

⁵⁸ CE Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, *Rec.*, p. 37.

ainsi que ce « rapport est dépourvu de toute portée normative, y compris dans ses dispositions très précises »⁵⁹.

161. Les stipulations des conventions d'administration offrent des illustrations éclairant l'affirmation précédente. Tandis que ces actes comportent souvent des clauses denses, présentant des objectifs ou fixant des directives, la jurisprudence refuse, fort justement, de leur reconnaître une valeur normative. Ou elle écarte du moins certains effets généralement dévolus à la norme conventionnelle⁶⁰. Aussi, la mention détaillée du montant des contributions financières des parties⁶¹ ou bien la présentation exhaustive d'un projet environnemental n'ont pas d'incidence sur la nature de ces stipulations.

En dépit de la précision dont font preuve les parties, il n'est pas toujours possible de voir dans ces engagements de véritables obligations. Car le fondement de ces dernières ne doit pas être recherché dans la rigueur des données. Il réside uniquement dans le lien juridique qu'elles sont susceptibles d'établir entre une proposition impérative et son destinataire. Inscrire par exemple, même à la virgule près, une somme d'argent dans une clause ne revient pas à s'obliger à la verser. La précision est insuffisante. Seule compte l'impérativité de l'énoncé. En ce sens, la présence d'indicateurs précis au sein des contrats d'objectifs et de moyens, tels ceux conclus par l'État avec Radio France⁶² ou l'Institut national de l'audiovisuel⁶³, ne révèle pas nécessairement l'existence d'obligations. De même, on pourrait citer les dispositions de la circulaire du 28 octobre 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, qui recommande aux acteurs de définir précisément les objectifs retenus⁶⁴. Cela devrait inviter, une nouvelle fois, le juge à utiliser avec plus de précaution ce critère, voire à l'évincer de sa méthode de qualification.

⁵⁹ Ch. MAUGÛÉ, note sous l'arrêt CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, *DA*, 1999, comm. 138. L'auteur poursuit : « [...] était en l'occurrence en cause une disposition fixant à 25 000 F le plafond de revenu au-delà duquel le droit aux allocations familiales était supprimé ».

⁶⁰ CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, p. 415.

⁶¹ On pourra se référer aux contrats de projets signés pour une période allant de 2007 à 2013. Par exemple, le Contrat de projets État-Région Ile-de-France contient des engagements financiers énoncés très précisément dans l'acte (www.idf.pref.gouv.fr/dossiers/contrat_projets.htm).

⁶² V. le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et Radio France pour une période allant de 2010 à 2014, pp. 38-51.

⁶³ V. le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014, p. 19.

⁶⁴ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757, spéc. §II.

162. La mise en œuvre de cette proposition rendrait mieux compte de la réalité juridique s'agissant des actes conventionnels. Elle offrirait en outre une simplification de l'état du droit. Car la jurisprudence n'apporte pas de solution convaincante eu égard à l'utilisation variable du critère de la précision. Son absence d'efficacité justifierait son abandon dans la méthode d'identification d'une stipulation impérative. Il semble que la caractérisation d'une telle clause devrait exclusivement impliquer une recherche portant sur sa teneur.

§2. L'importance de la teneur de la stipulation

163. « La notion d'obligation et celle de contrat, écrit Léon Duguit, sont intimement mêlées », elles ont scellé au fil des siècles une « union intime et inséparable »⁶⁵. Il ressort de cette affirmation l'indissociable lien entre l'acte contractuel et son contenu. L'obligation est l'élément normatif qui permet de distinguer cet acte parmi les autres conventions⁶⁶, car il arrive que des actes conventionnels comportent des stipulations dépourvues d'impérativité. Ils sont alors élaborés par les parties simplement pour guider leurs actions. En l'absence d'obligation, le juge ne devrait donc pas reconnaître le *label* contractuel à ces actes. Pourtant, la jurisprudence retient dans certaines situations des qualifications discutables. Parfois prescrites par la loi, elles ont pour effet de distendre le lien étroit entre le contrat et l'obligation⁶⁷. Dès lors, afin de tenir compte tant des exigences théoriques que des nécessités pratiques, il conviendrait de distinguer le caractère obligatoire des stipulations contractuelles (a), du caractère directif des stipulations des conventions d'administration (b).

a) Les stipulations obligatoires des contrats

164. Le droit administratif n'étant pas doté d'une théorie générale des obligations⁶⁸, des références aux constructions civilistes doivent être opérées⁶⁹. Elles sont

⁶⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 384. V. égal., G. JÈZE, « Les contrats administratifs », *RDP*, 1925, p. 172.

⁶⁶ V. part., M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDCO*, 2006, pp. 1064-1068 ; v. aussi, Ch. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ/Bruylant, 2005, spéc. pp. 38-39.

⁶⁷ Du reste, ce constat est corroboré par la diffusion, par quelques auteurs, d'une définition trop évasive du contrat. Tel est le cas de l'affirmation selon laquelle « il y a contrat dès lors qu'un accord de volontés produit des effets de droits reconnus et limités par le droit objectif » (J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 955).

⁶⁸ Ce qui est regrettable en soi, cela est couramment souligné : R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, 2000, p. 44 ; Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 614 ; L. MARCUS,

susceptibles d'inspirer une méthode d'identification de l'obligation (1°). Plus particulièrement, celles-ci permettent d'écartier une confusion relative aux implications d'une obligation. En effet, plusieurs sortes d'obligations existent, certaines octroyant plus de marge de manœuvre aux parties. Cette diversité est parfois une source d'hésitations car elle peut inciter à adopter, à tort, une interprétation extensive de la notion d'obligation (2°).

1° L'identification unitaire de l'obligation

165. Avec des variations marginales, les auteurs privatistes voient dans l'obligation un lien juridique unissant un créancier à un débiteur⁷⁰. Imposant un certain comportement au contractant auquel incombe l'exécution d'une prestation, elle permet, le cas échéant, au créancier de faire valoir ses droits. Les ouvrages usuels se bornent souvent à rappeler ces bases théoriques sans préciser le mode d'identification de l'obligation. Il faut dire que les hypothèses d'actes conventionnels ne portant pas sur des obligations sont restées pendant fort longtemps rarissimes. Certes, les auteurs ont œuvré pour justifier la distinction entre les contrats et les conventions impliquée par l'article 1101 du Code civil⁷¹. Mais il ressort de cette approche une division qui n'est pas tributaire de l'absence ou de la présence

L'unité des contrats publics, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 37 et s. ; R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 241, 2004, p. 1 et s. ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 968-969 : « À l'inverse, on peut penser que l'absence de toute étude systématique des obligations en droit administratif n'a guère favorisé – c'est le moins que l'on puisse dire – l'élaboration dans cette discipline d'une véritable théorie générale du contrat » ; M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631.

⁶⁹ V. sur cette question, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 278 : « si la matière des obligations en droit civil constitue la source principale des emprunts effectués par le juge administratif, c'est que ce dernier utilise le droit civil afin de construire ce que le droit public ne lui a pas légué : un régime des rapports d'obligation entre personne publiques et privées ».

⁷⁰ V. not., Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les Obligations, le Contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, p. 33 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 1 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 1. V. sous une autre formulation, « l'obligation peut être définie comme une institution juridique en vertu de laquelle une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'une prestation positive ou d'une abstention » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 1). V. une appréciation plus sociologique : « Une obligation, c'est-à-dire un lien de droit unissant deux personnes, rendant l'une créancière et l'autre débitrice, apparut le jour où le droit de vengeance s'humanisa, où la vengeance s'exerça sur le patrimoine et non plus sur la personne ; où, par suite, la victime devint créancière d'une rançon » (H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; « obligation déterminées » et « obligation générale de prudence et de diligence » », *RTDciv.*, 1936, p. 7).

⁷¹ Art. 1101 du code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (nous soulignons).

d'obligations. Elle résulte de l'effet produit sur ces dernières par les stipulations. Ainsi, les contrats sont généralement limités à la création d'obligations tandis que les conventions peuvent prévoir d'autres effets comme l'extinction ou la transmission d'obligations⁷². Voilà pourquoi les études de droit privé procèdent, la plupart du temps, à un classement des obligations identifiées au sein des pratiques juridiques. Leur attention se porte en définitive assez peu sur des situations dans lesquelles l'obligation est absente.

166. La doctrine administrative reconnaît, quant à elle, que la notion d'obligation a pénétré le droit des contrats administratifs⁷³. Ainsi que le relève Francis-Paul Benoît, « comme tout contrat, le contrat administratif donne naissance à des obligations : chacune des parties doit exécuter les engagements qu'elle a pris »⁷⁴. Dans le même ordre d'idées, Charles Eisenmann définit le contrat comme un « acte par lequel ses auteurs statuent un système d'obligations-droits dans leurs rapports. Autrement dit, les normes posées par le contrat sont faites pour ses auteurs eux-mêmes ; ils en sont les destinataires, ils en seront les sujets passifs ou actifs »⁷⁵. Dès lors, l'obligation constitue bien l'élément juridique indispensable à l'existence d'un contrat administratif. La doctrine contemporaine paraît unanime sur ce point⁷⁶.

167. Si les auteurs s'entendent sur l'utilité de la notion d'obligation en droit administratif, leurs appréciations divergent à propos de sa signification. Pour certains, il est possible de donner une acception plus large à cette notion. Comme l'explique M. Chevallier, les principes qui ont structuré le droit public diffèrent de

⁷² V. not., J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 50 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2009, pp. 18-21 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 22 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Deffrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 212 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 58 (bien que ces auteurs estiment cette distinction inutile).

⁷³ V. not., R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, 2000, p. 44.

⁷⁴ F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif*, Dalloz, 1968, p. 617. V. aussi, J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 260.

⁷⁵ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 419.

⁷⁶ J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 576 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 35 et s. ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 9 et s.. V., parmi d'autres illustrations, P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 15. Sur ce point, il faut se méfier des associations entre une obligation procédurale de conclure une convention et le contenu obligatoire des stipulations d'une convention (suggérant cette liaison : V. BOYER, « L'autonomie financière des universités après la loi relative aux libertés et responsabilités des universités », *AJDA*, 2010, pp. 318-319). Aucun lien ne peut être établi entre cet impératif de conclusion et le contenu impératif des clauses.

ceux qui animent le droit privé. En conséquence, il est inenvisageable d'assimiler les deux systèmes en arguant simplement de l'utilisation de concepts similaires. La notion d'obligation, sans être ignorée, n'a jamais occupé dans le droit de l'administration un rôle comparable à celui à celui qu'elle assure pour les relations civiles. Un rapprochement est certes possible. Mais il ne saurait occulter de profondes différences de structuration et d'évolution⁷⁷. Celles-ci se retrouvent du reste dans la présentation de la théorie des actes administratifs qui demeure marquée par les manifestations de la puissance publique.

À cette conception large de l'obligation, il faut opposer une acception plus stricte qui a la faveur d'autres auteurs. Pour eux, la signification étroite qui prévaut en droit privé joue également pour les relations contractuelles de droit administratif. La perspective est alors différente car elle a pour cadre les seules actions conventionnelles⁷⁸. Aussi ignore-t-elle les prescriptions qui résultent des actes unilatéraux pris par les autorités publiques. Il apparaît alors que des concepts communs influencent les droits public et privé⁷⁹. Quel que soit le genre de l'acte, la nature du lien unissant les parties à un contrat est identique. En effet, il est désormais admis que le genre ne modifie pas la nature contractuelle de l'acte mais peut susciter des aménagements du régime applicable. C'est-à-dire qu'il peut jouer sur les règles gouvernant l'exécution des obligations. Ainsi, au gré d'une lente édification jurisprudentielle, le juge administratif a soumis l'administration contractante à la légalité dans un mouvement d'influence libérale. En dépit de ces différences de régime, il est possible d'affirmer que « le droit des contrats administratifs relève du droit des obligations »⁸⁰, tout admettant que « le contrat administratif n'est pas né comme une somme d'obligations, à la différence du droit privé »⁸¹.

⁷⁷ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, p. 194 : « le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et de non-réciprocité du rapport d'obligation : l'État souverain est posé comme la source et le foyer d'obligation pour les administrés ; s'il est lui-même sujet d'obligations, ce n'est que dans les conditions et les termes que lui-même fixe, ce qui suffit à exclure toute idée de transposition du rapport d'obligation de droit privé, dans lequel l'État n'intervient que comme *tiers ou garant* dans une relation fondamentalement à base de réciprocité » (souligné dans le texte).

⁷⁸ V. en ce sens, Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, pp. 616-617.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 625.

⁸⁰ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 471.

⁸¹ Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 317.

168. Ces rapprochements entre les deux droits concernant la notion d'obligation traduisent une influence commune. Il semble, en effet, que les théories justiniennes sous-tendent les fondements conceptuels des droits des contrats. De sorte que l'on retrouve systématiquement deux éléments caractéristiques de la notion d'obligation. D'une part, l'obligation administrative constitue un lien juridique entre les parties⁸². D'autre part, elle contraint à la réalisation d'une prestation⁸³. Bien plus, cette filiation serait plus manifeste s'agissant du droit administratif en raison de l'approche objective qui y prévaut. Celle-ci correspondrait plus fidèlement aux origines romaines de l'obligation que la perception subjective retenue pour les relations privées. Aussi l'obligation administrative apparaît-elle moins comme un mécanisme d'emprunt au droit civil que l'héritière d'une influence manifeste du droit romain. De certains travaux ressort ainsi l'identité de signification attachée à l'obligation, indépendamment de l'ordre juridique concerné. Cela n'empêche pas la soumission de ces obligations à des principes différents en raison de la construction parallèle des deux droits.

169. L'analyse des discours permet ainsi de vérifier que l'obligation suppose toujours une idée de contrainte. Elle repose fondamentalement sur l'idée d'un devoir⁸⁴. Dans cette mesure, il est possible de considérer que la notion d'obligation vise nécessairement des énoncés impératifs. Ne matérialisant pas une prescription quelconque, l'obligation conventionnelle s'inscrit néanmoins dans cette vaste branche de la classification normative. Pour illustrer ce propos, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* estiment, au sujet des « contrats économiques », que le « problème de principe qui devait être examiné ici était seulement celui de savoir si, en droit administratif, le contrat peut échapper à l'exigence de la présence d'*engagements fermes* ; la réponse nous paraît être négative »⁸⁵. En se référant ainsi l'obligation, MM. de Laubadère, Moderne et Delvolvé attestent l'impérativité, et donc le caractère contraignant, des stipulations contractuelles.

170. Cette idée peut être étayée au moyen d'une argumentation tirée de la théorie générale du droit. Sur ce plan, la définition donnée par Hans Kelsen du con-

⁸² V. part., B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, pp. 284-286 ; J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, 2000, p. 27.

⁸³ *Ibid.*, pp. 286-292.

⁸⁴ G. PIERI, « Obligation », *APD*, 1991, p. 231.

⁸⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 39 (nous soulignons).

trat ne présente pas d'originalité. Elle est, elle aussi, articulée autour de l'obligation⁸⁶. L'auteur en déduit l'existence d'une norme puisque « dire qu'une personne est « obligée » ou a « l'obligation » de se comporter d'une certaine manière équivaut à dire qu'une norme commandant ce comportement est valide. L'obligation n'est pas autre chose de différent de la norme, l'obligation est la norme dans sa relation avec le sujet dont le comportement est commandé »⁸⁷. En d'autres termes, Hans Kelsen perçoit l'obligation comme une manifestation de la norme envisagée sous l'angle de celui qui est obligé.

Selon une présentation différente, l'obligation doit provoquer un sentiment de devoir à l'égard de son destinataire. En posant ceci, on réintroduit dans le droit contractuel une perception primitive de la norme, telle que l'a décrite Jean Carbonnier⁸⁸. Il s'agit d'une approche plus subjective – entendue dans son acception psychologique – fondée sur « le sentiment de l'obligation »⁸⁹ perçu par le sujet. Toutefois, envisager ainsi la convention ne saurait remettre en cause l'examen objectif du contenu de l'acte. C'est bien en raison du caractère obligatoire d'un énoncé juridique que doit naître le sentiment obligatoire. Toute autre conception privilégiant la perception subjective du destinataire de la norme risquerait fort d'engendrer des incertitudes juridiques. D'ailleurs, dans sa critique de l'obligation conçue en termes de prédiction, Herbert L.A. Hart n'ignore pas l'importance de « l'aspect externe » de la règle. Simplement, il estime qu'il convient de tenir compte de son « aspect interne ». Ce dernier est relié à l'appréciation relevant du for intérieur du sujet. Conjuguant les deux approches, il met en garde contre « le piège d'une conception erronée de l'obligation qui l'identifierait essentiellement au sentiment de pression ou de contrainte que peuvent éprouver ceux qui ont des obligations »⁹⁰. Ainsi, au-delà du lien qu'elle établit, l'obligation est avant tout, du point de vue de la théorie du droit, une norme juridique. Elle est caractérisée par sa teneur impérative.

⁸⁶ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 31 : « la convention est l'accord des volontés de deux ou plusieurs sujets en vue de produire un effet juridique, c'est-à-dire de créer ou d'abolir une obligation et le droit subjectif correspondant à cette obligation » (nous soulignons).

⁸⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad., O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 175.

⁸⁸ J. CARBONNIER, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, spéc. pp. 113-117.

⁸⁹ J. RIVERO, « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 658.

⁹⁰ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, p. 107, v. part. pp. 102-110.

171. Une vigilance particulière doit être réservée à l'examen des clauses. Et ce, d'autant plus en raison des nombreuses pratiques administratives visant à découpler les notions de contrat et d'obligation⁹¹. Il est impérieux de conforter l'indissociable lien entre l'énoncé impérative qu'est l'obligation et l'acte contractuel⁹². À l'interrogation conclusive posée par M. Vasseur en 1964⁹³, il convient ainsi de répondre que les pratiques conventionnelles ont certes mis à l'épreuve la conception romaine du contrat. Mais elles offrent paradoxalement au juriste l'occasion de la réaffirmer. En limitant cette qualification aux conventions comportant des obligations et en élaborant une nouvelle catégorie pour les actes ne contenant que des stipulations directives, il est possible de rendre compte de la diversité des relations juridiques. Ce faisant, la théorie classique s'en trouve renforcée.

2° L'intensité variable de l'obligation

172. Bien que toujours impératives, les obligations ne recouvrent pas une intensité invariable de contrainte. Elles sont réparties, de façon didactique, en deux catégories selon ce qu'elles imposent à leurs destinataires. La doctrine envisage traditionnellement comme des obligations de résultat celles supposant d'atteindre un but déterminé pour être valablement exécutées. Sont qualifiées de simples obligations de moyens celles qui impliquent la mise en œuvre de modalités d'action, l'existence d'une certaine diligence, sans que le sujet ne soit contraint de parvenir à une fin identifiée⁹⁴. Transposable en droit public⁹⁵, cette approche suggère les vastes possibilités laissées aux parties. Le contrat ne saurait donc être perçu comme un acte juri-

⁹¹ J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadiet, *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 90.

⁹² P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 15.

⁹³ M. VASSEUR, « Le nouvel essor du concept contractuel », *RTD civ.*, 1964, p. 45 : L'auteur estime qu'il faut « oser au moins poser la question de savoir si, en matière économique et sociale, contrats et simples déclarations d'intentions ne tendent pas à déboucher sur une notion élargie du contrat : la relation de la vie économique consacrant une véritable « déromanisation du contrat » »

⁹⁴ V. part., J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 67, 1965, p. 167 : « nous estimons que chaque fois qu'une personne promet d'exécuter une "prestation déterminée", aux contours juridiques et matériels précis, elle supporte une obligation de résultat. Au contraire, si le débiteur, sans garantir le but à atteindre, se réserve une liberté plus ou moins grande d'action, sa "prestation est indéterminée", et il n'est soumis qu'aux règles relatives aux obligations de moyens » (souligné dans le texte)

⁹⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 757 : « le degré des exigences auxquelles est tenu le cocontractant n'est pas le même dans les deux cas : il doit seulement adopter un certain comportement dans le premier [l'obligation de moyens], alors qu'il doit aboutir à une solution effective dans le second [l'obligation de résultat] ».

dique entraînant un degré d'exigence fixe. Il constitue un instrument pouvant faire peser sur le débiteur des obligations très diverses. À cela, il faut ajouter que ce classement ne tient pas compte de la difficulté de l'exécution de l'obligation : un résultat peut être plus facilement atteint que la mise en œuvre d'un ensemble de moyens. Car le degré de contrainte ne signifie pas degré de difficulté⁹⁶.

173. Historiquement, ce sont les travaux de René Demogue qui ont permis l'écllosion de cette distinction. Envisageant les liens entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, cet auteur n'évoque cependant la séparation qu'au sujet de la charge de la preuve. Pour lui, dans ces deux situations, les mécanismes d'engagement de la responsabilité sont identiques. Ils sont, en effet, toujours tributaires de la présence d'une obligation de moyens ou de résultat⁹⁷. La lecture de ces analyses et la présentation contemporaine de cette doctrine laissent à penser que l'ambition de cette proposition était donc pragmatique⁹⁸.

À l'évidence, l'intensité des obligations produit d'importantes conséquences pratiques s'agissant de la responsabilité des parties. D'une part, cela influe sur la caractérisation de la faute susceptible d'être commise par un cocontractant. Puisque l'intensité de la contrainte est moindre pour une obligation de moyens, la partie ayant mal exécuté sa prestation ne peut être responsable qu'à hauteur de celle-ci. Il s'agit, *in fine*, de circonscrire les possibilités d'engager la responsabilité pour faute. Cela permet la réparation des éventuels préjudices du créancier tout en respectant les engagements du débiteur. D'autre part, la preuve du manquement est plus délicate pour la partie lésée dans une situation d'obligation de moyens. Car il est moins difficile de montrer qu'un résultat n'a pas été atteint que de prouver une carence du débiteur dans la mise en œuvre des moyens requis par les stipulations. Plus précisé-

⁹⁶ D'ailleurs, certaines subtilités de cette distinction contribuent à ce que certains auteurs suggère son inutilité en droit public (Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Économica, 1989, p. 139).

⁹⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 5, Arthur Rousseau, 1925, pp. 536-544. V. part., J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th., LGDJ, coll. « BDPt », t. 67, 1965, p. 62 et s.

⁹⁸ On retrouve cette idée dans l'article critique de Paul Esmein : P. ESMEIN, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Études de droit civil. Mélanges H. Capitant*, Dalloz, 1939, réimp. 1977, p. 235 : « l'importance de la classification d'après la source perdant ainsi de sa portée, l'attention a été attirée vers une différence dans les conditions exigées pour qu'intervienne une condamnation fondée sur l'inexécution d'une obligation, différence qui a pris une importance de premier rang dans la pratique et les discussions juridiques contemporaines ».

ment, dans la première hypothèse, une présomption de faute joue en faveur du créancier dès lors que l'inexécution matérielle est caractérisée⁹⁹.

Aussi n'est-ce pas une coïncidence si les auteurs du *Traité des contrats administratifs* analysent l'intensité variable des obligations par le prisme technique de la responsabilité contractuelle pour faute¹⁰⁰. Les conséquences pratiques et les incidences sur les mécanismes probatoires de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat expliquent cette présentation. Toutefois, il ne faut pas occulter la dimension théorique de ce choix doctrinal. Cela met en perspective les problématiques soulevées aujourd'hui par les conventions d'administration et leurs stipulations directives.

174. Il faut garder à l'esprit les motifs qui sous-tendent la construction de la séparation des obligations en deux espèces. Car une perception infidèle à ces raisons pourrait laisser croire que les obligations de moyens ont été une façon d'étendre la notion de contrat. D'un point de vue théorique, il serait alors possible d'envisager la consécration de ces obligations de plus faible intensité comme la manifestation d'un processus d'élargissement. En effet, admettre que seules les obligations de résultat étaient d'authentiques obligations aurait eu pour conséquence d'exclure des rapports contractuels de nombreuses stipulations. Et une telle analyse pourrait servir une doctrine prônant un nouvel élargissement de la notion contractuelle. Poursuivant cette entreprise, le contrat engloberait désormais de nouvelles stipulations d'une plus faible intensité encore¹⁰¹. Il convient d'écarter cette conception dans la mesure où elle nie les motifs initiaux de la distinction. Les intentions doctrinales se bornaient à

⁹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, 22^{ème} éd., 2000, pp. 298-299 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, pp. 31-32 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 7.

¹⁰⁰ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 756-761. De la même manière, v. Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 552 : « son degré de généralité [de cette présentation] nous paraît toutefois suffisamment grand pour donner prise à une tentative d'acclimatation en droit administratif, d'autant plus que les régimes de responsabilité contractuelles fondés sur la faute sont très comparables en droit civil et en droit administratif. C'est d'ailleurs ce que confirme l'existence d'une gradation des fautes que connaît le droit administratif et que n'ignore pas le droit civil ».

¹⁰¹ F.-X. FORT, « Le bilan des contrats de plan après deux décennies d'exécution », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 216 : « le contenu des contrats de plan exprime souvent des objectifs à atteindre ; ces stipulations parfois imprécises ou approximative ne doivent pas constituer un obstacle à une qualification contractuelle. En effet, une convention, même en droit privé, peut porter aussi bien sur une obligation de résultats que sur une obligation de moyens ».

la classification des obligations¹⁰². Il ne s'agissait en aucun cas de redéfinir les contours de la notion de contrat. En revanche, cette proposition a permis de réaffirmer que le contrat ne comporte rien que des obligations, mais toutes les obligations possibles.

175. En dehors de cette première perspective, l'intensité variable des obligations se retrouve aussi en droit international public. Elle résulte d'une démarche très différente. Les auteurs cherchent à montrer la normativité des procédés entre États. Cela passe par la mise en exergue de stipulations liant faiblement leurs destinataires. Leur raisonnement peut se résumer ainsi : certains actes ne contiennent pas d'obligations de résultat, mais cela ne signifie pas qu'ils soient dépourvus, pour autant, d'énoncés contraignants. Dès lors, il s'agit d'une intégration de conventions internationales aux instruments du droit par le truchement de la théorie de l'intensité des obligations. Le dessein réside ainsi dans la délimitation des conventions juridiques. La doctrine cherche à tracer les limites en deçà desquelles les manifestations ne relèvent plus du droit. En ce sens, Paul Reuter écrit : « nous sommes plutôt réfractaires à l'idée qu'*au regard du droit international* des engagements conventionnels puissent n'entraîner aucune obligation juridique, pas même sous la forme d'obligation de comportement très générale »¹⁰³. L'approche de l'intensité des obligations semble ainsi très différente de celle qui ressort du droit privé. Il ne s'agit pas tellement de classer les obligations mais de délimiter les actes juridiques.

176. De ces deux perspectives naissent plusieurs hypothèses concernant les conventions d'administration. Tout d'abord, leurs stipulations pourraient-elles comporter des obligations de moyens ? Cette idée semble avoir été évoquée pour des conventions administratives conclues dans le domaine universitaire¹⁰⁴. Ensuite, serait-il opportun d'enrichir d'une nouvelle espèce les obligations contractuelles ? Plusieurs auteurs ont déjà soutenu l'existence d'une troisième catégorie d'obligation s'agissant de conventions dont les stipulations présentaient une très faible intensité. Pour certains, « le « quasi-contrat » ne conten[ait] ni une obligation de moyens ni

¹⁰² Adhérant à la distinction proposée par Demogue, Mazeaud retrace clairement les origines de la classification des obligations en obligation de moyens et de résultat (H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*, 1936, spéc. pp. 2-21).

¹⁰³ P. REUTER, « Le traité international, acte et norme », *APD*, 1987, p. 112 (souligné dans le texte).

¹⁰⁴ L. FAVOREU, « Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. », *AJDA*, 1965, p. 449.

une obligation de résultat ; il proclam[ait] une simple obligation de comportement global, d'attitude « psychologique » en quelque sorte »¹⁰⁵.

Ces propositions ne paraissent pas adaptées aux pratiques administratives contemporaines. Par ailleurs, la classification des obligations ne doit pas constituer un prétexte pour étendre la notion de contrat à des actes qui ne contiennent pas de véritables obligations. Admettre l'intensité variable des obligations n'autorise pas à ignorer la définition de l'obligation. Et surtout, l'extension de cette notion ne peut être sans limites. Les circonstances qui ont autrefois justifié la déclinaison des obligations selon leurs exigences n'existent nullement aujourd'hui s'agissant du mouvement de contractualisation. Certes, les clauses prévues par ces actes sont d'une faible intensité. Mais elles ne peuvent ni intégrer ni enrichir cette division puisqu'elles ne présentent pas l'impérativité nécessaire pour constituer des stipulations obligatoires.

b) Les stipulations directives des conventions d'administration

177. Les stipulations des conventions d'administration sont caractérisées par leur absence d'impérativité. Exclues des obligations par ce fait, elles suggèrent de construire une nouvelle catégorie de clauses conventionnelles. Celles-ci auraient simplement vocation à orienter l'action des parties, lesquelles disposeraient ainsi d'une plus grande liberté par rapport au lien établi par l'obligation juridique. Mais, en conséquence, une partie ne pourrait logiquement exiger de l'autre l'accomplissement des objectifs¹⁰⁶ posés par la convention. Cela n'implique pas l'inexistence d'effets juridiques plus modestes, sauf à priver d'utilité ces actes. Une approche comparée peut s'avérer ici fructueuse. Développée par certains travaux théoriques, la différenciation entre les énoncés impératifs et les énoncés directifs a été consacrée par la jurisprudence administrative s'agissant des actes unilatéraux. Elle appelle une transposition en matière conventionnelle afin de distinguer les actes

¹⁰⁵ F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 375.

¹⁰⁶ Il faut rappeler que notre étude se limite aux seules conventions. Susceptibles de très nombreuses utilisations, le terme d'objectif sera délaissé au profit de l'expression de stipulation directive (sur ce point, v. not. D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, note sous l'arrêt CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, *RFDA*, 1999, spéc. p. 376 ; P. de MONTALIVET, « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 47 et s.). C'est à partir de cette dernière qu'un régime juridique sera ultérieurement défini.

entre eux¹⁰⁷. En dépit de contextes distincts, aucun argument ne s'oppose à ce que le juge recoure à ce critère pour les conventions.

178. Entendu comme un ordre de contrainte, le droit ne laisse logiquement aucune place à des actes non-normatifs¹⁰⁸. Aussi ne ressort-il pas des écrits d'Hans Kelsen des énoncés juridiques directifs. Il faut se reporter à des travaux postérieurs pour en trouver des traces significatives. Parmi les auteurs dissociant les propositions juridiques selon la liberté laissée au sujet, M. Amselek oppose les commandements aux recommandations. Il considère que « les recommandations [...] ont une *vocation directive* moins contraignante puisqu'elles fixent seulement, à l'intention des dirigés, des marges de manœuvre à tâcher de respecter, sous réserve d'éventuels écarts de conduite que les intéressés pourraient éventuellement estimer justifiés par les circonstances rencontrées »¹⁰⁹. Certes, cette étude est focalisée sur les dispositions unilatérales puisqu'il s'agit de l'exercice du pouvoir de direction. Elle souligne néanmoins l'existence de manifestations juridiques en dehors de l'impérativité. Dans le même ordre d'idées, il est possible de concevoir largement la notion de norme et de considérer qu'il existe des « normes non-prescriptives »¹¹⁰. Cette présentation rejoint la précédente sur la distinction des énoncés en fonction de l'impérativité qui en résulte.

D'autres travaux distinguent les commandements des recommandations en établissant un parallèle avec la dissociation entre l'impératif catégorique et l'impératif conditionnel. En somme, le passage du premier au second dépend uniquement de l'acceptation du sujet. Mais il s'agit bien dans les deux hypothèses d'énoncés impératifs¹¹¹. Il s'ensuit que cette perception ne classe pas les recommandations parmi les propositions directives. En matière conventionnelle, elle ne paraît pas adaptée

¹⁰⁷ V. en ce sens, mais de façon ponctuelle, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 230-233. Et évoquant cette possibilité tout en conservant une perception unilatérale des rapports, L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 34.

¹⁰⁸ V. not., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 41 et s. V. aussi, H. KELSEN, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, spéc. p. 141.

¹⁰⁹ P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, 2008, pp. 1850-1851 (nous soulignons). V. surtout, P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 285-286.

¹¹⁰ J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673 : « dans les textes juridiques de toutes sortes, les commandements assortis d'une menace de sanction, les prescriptions, donc, tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action, soit à un ensemble varié de « normes non prescriptives » ».

¹¹¹ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, pp. 199-206.

puisqu'il ne saurait exister, selon cette présentation, que des impératifs conditionnels. En raison de l'échange de consentement duquel résulte la conclusion de l'acte¹¹², le sujet exprime toujours son approbation¹¹³. Malgré sa justesse logique, cette distinction doit ainsi être écartée de cette étude. Elle ne permet pas d'opérer une discrimination utile entre les stipulations.

179. Aussi faut-il se reporter à la jurisprudence administrative. Celle-ci a rendu effective la distinction entre les énoncés impératifs et les énoncés directifs. Pour l'heure, le Conseil d'État cantonne cette approche aux seuls actes unilatéraux¹¹⁴. Il faut le regretter car elle pourrait constituer un solide fondement pour expliquer l'originalité des conventions d'administration. Partant de l'expérience des directives administratives, une théorie des stipulations directives reflèterait assurément avec plus de justesse certaines actions conventionnelles contemporaines.

À l'origine de ce mouvement, la jurisprudence *Crédit foncier de France*¹¹⁵ connaît des applications réduites mais son principe reste peu contesté. Il en résulte la possibilité pour des autorités ne pouvant exercer une compétence réglementaire d'édicter des dispositions non impératives¹¹⁶. Ce faisant, le Conseil d'État a confirmé l'existence d'actes non décisifs déployant des effets juridiques indirects. Les destinataires conservent dès lors un large pouvoir discrétionnaire puisqu'ils ne sont pas contraints par les dispositions. À la différence des énoncés prescriptifs, celles-ci n'imposent pas des comportements déterminés aux sujets. Ils ont la possibilité de suivre ou non les orientations fixées. Ainsi, les directives reposent selon M. Timsit sur des « techniques de détermination, productrices d'effets juridiques [...]. Mais ce sont aussi des techniques de surdétermination : elles précisent [...] les orientations et les objectifs à atteindre : elles indiquent la nature du champ dans lequel doivent agir les autorités subordonnées »¹¹⁷.

¹¹² Plus loin, l'auteur envisage des « actes sans normes » parmi lesquels il paraît possible de ranger les conventions d'administration : « on constate depuis quelques années la multiplication d'objets munis de toutes les apparences de l'acte juridique, mais ne signifiant aucune norme (ou, en tout cas, aucune obligation) » (*ibid.*, p. 276).

¹¹³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 258.

¹¹⁴ Il est arrivé cependant au juge administratif de considérer l'absence de caractère impératif d'une stipulation conventionnelle au sujet de l'art. 8 de la Convention européenne d'extradition, v. CE, 14 déc. 2005, *M. X.*, req. n° 275185.

¹¹⁵ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750.

¹¹⁶ CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et association nationale de défense des victimes de l'amiante*, *Rec.*, p. 193.

¹¹⁷ G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.*, 1988, *Chron.*, p. 269.

Emportant des effets similaires au contentieux, les actes ne contenant que des propositions¹¹⁸ peuvent aussi illustrer l'existence d'actes juridiques non décisives. Malgré une imprécision rédactionnelle, le Conseil d'État a affirmé l'absence d'impérativité de ces dispositions¹¹⁹. De même, il est possible de trouver des applications jurisprudentielles au sujet des schémas de cohérence territoriale¹²⁰. Leurs auteurs peuvent fort bien prévoir des orientations relatives à l'organisation d'un territoire. Mais il ne leur revient pas de prescrire ou d'interdire telle ou telle opération d'aménagement. Dans le domaine des professions réglementées, l'arrêt *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien* a offert une illustration supplémentaire d'indications ne pouvant cependant avoir « ni pour objet ni pour effet de limiter le pouvoir dont le préfet de police dispose pour réglementer le nombre de taxis »¹²¹. M. Guyomar précise à cet égard que « l'indicateur défini en 2002 ne constitue pas une norme opposable au préfet dans l'exercice de ses pouvoirs »¹²². Ces exemples sont révélateurs bien qu'ils soient limités à des questions de recevabilité du recours. La jurisprudence attache à la notion de directive des conséquences plus importantes relatives au contrôle de l'acte orienté.

180. D'un point de vue normatif, les conventions d'administration sont comparables à certains actes unilatéraux non décisives¹²³. Leurs stipulations revêtent, comme les dispositions des directives, une teneur dépourvue d'impérativité. Les parties n'ont pas l'intention de déterminer des normes¹²⁴, entendues dans une acception

¹¹⁸ Le terme de « proposition » est entendu ici dans son acception politique.

¹¹⁹ CE, 7 mai 1999, *CGT-FO, DA*, 1999, comm. 201, note Ch. Maugué. L'arrêt énonce que « la délibération litigieuse ne présente donc pas le caractère d'une décision faisant grief ». Si l'acte ne fait pas grief, c'est bien parce qu'il n'est pas décisive en raison du caractère non impératif de ses dispositions.

¹²⁰ TA Orléans, 16 juin 2009, *Société Sodichar SAS, Commune de Barjouville, AJDA*, 2009, p. 1964, concl. J. Francfort : « Les auteurs d'un schéma de cohérence territoriale peuvent fixer des orientations et des objectifs d'implantations préférentielles des activités économiques [...] qu'en revanche il ne leur appartient pas, par des dispositions impératives, d'interdire les opérations de création ou d'agrandissement » (nous soulignons).

¹²¹ CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien, Rec.*, p. 278.

¹²² M. GUYOMAR, concl. sur l'arrêt CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxis parisien, BJCL*, 2007, p. 829.

¹²³ À cet égard, un rapprochement utile peut être opéré avec les « actions administratives informelles », « caractérisées comme celles qui ne sont pas contraignantes en droit » (Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994 (n° 2), p. 647). Plus loin, l'auteur évoque d'ailleurs des méthodes conventionnelles d'action administrative informelle (*Ibid.*, pp. 649-650). V. égal., J.-M. PONTIER, « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative », *D.*, 1997, Chron., p. 379.

¹²⁴ Sur ce point, D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 18 : « l'idée de convention suppose que les partenaires considérés soient munis d'un pouvoir de décision, qu'ils apparaissent comme autant d'autorités « normatrices », qu'ils *statuent* tous deux » ; M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, 1979, th. Toulouse, p. 286 ; P.-M. GAUDEMET, « Réflexions sur le droit administratif économique », in *Mélanges L. Lopez Rodo*, 1972, p. 142 ; Ch. MAUGÜÉ, « Les

kelsénienne, mais de définir diverses orientations. C'est pourquoi il semble possible de s'inspirer de la construction jurisprudentielle que l'on vient d'esquisser pour l'appliquer à ces conventions. En dépit d'une différence contextuelle¹²⁵, la même logique vaut ici pour l'ensemble des actes.

181. Ainsi l'identification des stipulations directives repose-t-elle sur deux éléments. En premier lieu, ces clauses ont une vocation prospective par l'établissement de projets, par l'organisation de compétences ou encore par la définition d'objectifs. Il s'agit de veiller à la cohérence générale de l'action administrative en traçant des perspectives. Les anciens contrats de plan étaient à ce titre caractéristiques. Comme le souligne M. Bazex, ils ne liaient pas « les deux parties d'une manière ferme et définitive »¹²⁶ mais leur conféraient une certaine liberté de réalisation. De même, reposent sur une ambition prospective certaines conventions conclues dans le domaine hospitalier¹²⁷, de l'aménagement du territoire¹²⁸, du logement¹²⁹, de l'environnement¹³⁰, de la culture¹³¹, de la gestion du domaine forestier privé¹³², ou

réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 38.

¹²⁵ En effet, avant la jurisprudence *Crédit foncier de France*, les directives étaient systématiquement annulées par le juge administratif. Ce dernier ne permettait pas ainsi de pallier l'absence de pouvoir réglementaire des autorités, laquelle présentait pourtant une nécessité pratique évidente (v. not. BERTRAND (L.), concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, *Rec.*, p. 754 et s.). L'hypothèse des conventions d'administration est très différente de ce point de vue, car il ne s'agit pas pour les parties de combler une carence juridique, mais de compléter leurs actions conventionnelles. L'acte contractuel n'apparaîtrait pas approprié dans ces situations, en tout état de cause.

¹²⁶ M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 71. V. *contra*, Y. MADIOT, note sous l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *RFDA*, 1997, p. 347 et s.

¹²⁷ V. part., sur le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, l'article D. 6114-3 du code de la santé publique. V. égal., Cl. ESPER, « La nouvelle gouvernance hospitalière : une profonde réforme de l'hôpital public », *GP*, 10 juin 2006, doct., p. 1705 : « ce contrat définit les objectifs d'activité, de qualité et financiers, les moyens et les indicateurs de suivi des pôles, les modalités de leur intéressement aux résultats de leur gestion, ainsi que les conséquences en cas d'inexécution du contrat ». P. LIGNEAU, « Aux frontières du service public hospitalier : la nouvelle nébuleuse des structures de santé privée », in *Les mutations contemporaines du droit public*. Mélanges B. Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 502.

¹²⁸ V. part., bien que l'on puisse douter de leur nature conventionnelle, les contrats de développement territorial créés par l'art. 21 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF*, 5 juin 2010, p. 10339. V. aussi, J.-R. BONNEAU, « L'aménagement de la micro-région (évolution des contrats de pays) », *GP*, 1980, doct., p. 516 et s ; J.-P. DUPORT, « L'expérience des contrats de plan », *Bull. ILAP*, 1976, spéc. p. 169 ; Y. MADIOT, « L'effacement de la politique d'aménagement du territoire », *AJDA*, 1989, pp. 733-734.

¹²⁹ V. s'agissant des conventions d'utilité sociale, l'article R. 445-5 du code de la construction et de l'habitation modifié par le décret n° 2009-1486 du 3 déc. 2009 relatif aux conventions d'utilité sociale des organismes d'habitation à loyer modéré : « Pour chaque aspect de la politique des organismes mentionné à l'article L. 445-1, la convention fixe les objectifs correspondant à chacun des engagements, selon le tableau ci-dessous. Le respect des engagements et l'atteinte des objectifs sont évalués à l'aide des indicateurs dudit tableau, par département ou par segment de patrimoine ».

¹³⁰ V. s'agissant des contrats pluriannuels conclus entre l'État et ses établissements publics gestionnaires d'infrastructures ferroviaires et fluviales définissant les priorités et prévoyant les moyens nécessaires à leurs

encore du secteur public¹³³, comme en atteste le contrat de régulation économique conclu entre l'État et Aéroports de Paris¹³⁴.

S'agissant des contrats, il est souvent affirmé qu'ils sont également des actes de prévision¹³⁵. Faut-il alors en conclure à l'absence de spécificité des conventions d'administration ? On ne le pense pas pour deux raisons. D'une part, il est à l'évidence de l'essence d'un acte juridique de produire des effets pour l'avenir, proche ou lointain, comme en atteste l'article 2 du Code civil pour la loi¹³⁶. Bien que l'exécution des contrats puisse être concomitante à leur conclusion, ceux-ci ont vocation à déterminer des actions à venir. Et, en définitive, rares sont les actes qui ne comportent pas des prévisions, entendues dans une acception large. Cela paraît encore plus juste lorsque l'acte juridique est perçu comme un vecteur de sécurité juridique¹³⁷.

D'autre part et surtout, cette conception néglige une distinction fondamentale entre prévision et prescription. Toute prescription constitue assurément une prévision mais l'inverse est erroné. Résumer le contrat à un acte comportant des prévisions paraît réducteur puisque cela méconnaît le caractère impératif de ses clauses.

actions (art. 16 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF*, 5 août 2009, p. 13031).

¹³¹ V. par ex., le contrat pluriannuel conclu entre l'Établissement du musée national Picasso et l'État (art. 3 du décret n° 2010-669 du 18 juin 2010 portant création de l'établissement public du musée national Picasso, *JORF*, 19 juin 2010, p. 11142).

¹³² V. not., le contrat de performance passé entre l'État et le Centre national de la propriété forestière qui « précise les orientations de gestion et les programmes d'actions du Centre national de la propriété forestière. Il détermine les objectifs liés à l'exercice de ses missions et évalue les moyens nécessaires à leur mise en œuvre » (art. 1^{er} du décret n° 2010-326 du 22 mars 2010 relatif au Centre national de la propriété forestière, *JORF*, 25 mars 2010, p. 5868).

¹³³ Sur les contrats de service public, P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 6 : « comprennent en général des objectifs de développement de l'entreprise publique, la définition de la participation de l'entreprise à la politique économique générale à l'exécution des services publics et les engagements financiers plus ou moins précis des parties ».

¹³⁴ Selon le rapport dressé par Aéroports de Paris, « le contrat de régulation économique permet une définition d'orientations pluriannuelles sur 5 ans alors qu'auparavant Aéroports de Paris était astreint à un processus annuel ne donnant que très peu de visibilité dans le temps » (ADP, *Rapport environnement et citoyenneté 2005*, p. 11, consulté sur le site www.aeroportsdeparis.fr). Cependant, la nature de cet acte est composite puisqu'elle contient également des clauses réglementaires. V. en ce sens, CE, 25 avr. 2007, *Fédération nationale de l'aviation marchande et autre*, *Rec.*, p. 180.

¹³⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1^{ère} éd., p. 206 ; P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. 2, spéc. p. 28 ; v. aussi, M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDCO*, 2006, p. 1051 et s.

¹³⁶ Art. 2 du code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

¹³⁷ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 125 et s.

Pour illustrer cette proposition, M. Lécuyer estime que « l'avenir peut [...] s'avérer conforme aux prévisions des contractants. La situation est alors idéale, où le contrat est exécuté par les parties et satisfait leurs attentes »¹³⁸. L'idée de prévision repose ici sur l'incertitude qui pèse sur la réalisation des obligations contractuelles¹³⁹. C'est oublier que les parties ne peuvent en principe faire autrement que les accomplir. Car les clauses prescrivent ce qui doit arriver, sous peine que des sanctions soient, le cas échéant, prononcées. Une telle fonction est plus exigeante que la simple prévision de ce qui peut arriver ou non. Dès lors, si les stipulations obligatoires emportent un degré de prévision, cela paraît bien plus le cas des stipulations directives.

182. En second lieu, dépourvues d'impérativité, les stipulations directives ne s'analysent pas non plus comme des stipulations déclaratoires. Elles établissent en effet un réel lien juridique entre les parties. Le caractère directif d'une stipulation se distingue par exemple des simples déclarations d'intention qu'il est possible de retrouver en préambule dans les actes conventionnels¹⁴⁰. De la même manière que certaines annexes d'un acte unilatéral ne remplissent qu'une fonction d'information¹⁴¹, il arrive que des écrits ne recouvrent ni une valeur impérative ni une valeur directive. Tel n'est pas le cas des stipulations des conventions d'administration. Leur conférer l'une ou l'autre de ces valeurs constituerait une erreur. Car les parties doivent pouvoir s'engager sans s'obliger par ces procédés.

En les analysant comme des obligations, on méconnaîtrait cette notion et, en les envisageant comme des déclarations, on priverait de sécurité juridique les parties. En quelque sorte, elles admettent une teneur *infra-impérative* et *supra-déclaratoire*. Cette situation intermédiaire explique les précautions prises par de nombreux auteurs sur la nature véritablement obligatoire de ces stipulations conventionnelles¹⁴². Elle autorise à ne plus concevoir les clauses conventionnelles comme obligatoires ou déclara-

¹³⁸ H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juriscasseur, 1999, p. 654.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 646 : « l'obligation est par essence susceptible de n'être pas exécutée ».

¹⁴⁰ CE, 25 mars 1991, *Copel, Rec.*, tab., p. 1045. Concrètement, le préambule du contrat de plan conclu entre l'État et EDF, pour la période de 1993 à 1996, déclare que « la réussite d'une entreprise, c'est la réussite des hommes qui la composent » (contrat reproduit dans un dossier : *CJGE*, 1993, p. 351). Cela ne signifie pas qu'un préambule conventionnel soit totalement dépourvu d'utilité en droit, puisqu'il peut fonder l'interprétation du juge (CE, 5 avr. 2006, *Société nationale des chemins de fer français, Rec.*, tab., p. 1039).

¹⁴¹ CE, 5 déc. 1984, *Goulet, Rec.*, p. 398.

¹⁴² Sur les clauses des contrats de plan : F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, spéc. p. 17.

toires¹⁴³. D'ailleurs, sans avoir franchi ce pas, le rapport public du Conseil d'État pour 2008 semble favorable à une modification de la classification des clauses pour tenir compte de cette originalité¹⁴⁴.

183. L'absence d'un degré de juridicité en deçà de l'impérativité en matière conventionnelle peut paraître étonnante au regard des ramifications que connaît la classification des actes unilatéraux. À l'évidence, l'influence du droit des contrats privés n'a pas suscité cette distinction utile pour les conventions. Centrée sur l'obligation, la théorie civiliste classique néglige l'existence d'autres manifestations juridiques¹⁴⁵. Il convient pourtant d'admettre que toute la production juridique des conventions ne se résume pas aux clauses obligatoires. Comme il arrive que des dispositions non impératives produisent des effets juridiques, des stipulations non impératives sont susceptibles d'engendrer, elles-aussi, des effets juridiques. Dans cette optique, il est utile d'examiner les corollaires de l'impérativité.

Sous-section 2 : Les corollaires de l'impérativité

184. Parfois confondus avec le caractère de la normativité, les corollaires de l'impérativité s'en distinguent. Ils ne servent pas à l'identification de la norme. Cela fait l'objet d'un débat récurrent. D'une part, entendue comme la signification prescriptive conférée à un texte¹⁴⁶, la norme ne se définit pas matériellement par référence à la force obligatoire. Cet élément est indispensable mais se trouve attaché à un énoncé présentant un caractère normatif au préalable (§1). D'autre part, la sanction ne doit pas être envisagée comme un critère d'identification de la norme. Il arrive pourtant qu'elle soit posée comme tel, soit en raison de l'influence de la doctrine kelsénienne, soit du fait d'une approche contentieuse des actes. Cette présenta-

¹⁴³ C. BURON, « Les contrats d'aménagement conclus entre l'État et les villes moyennes », *AJDA*, 1976, spéc. p. 517.

¹⁴⁴ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 231 : au sujet des conventions d'objectifs et de moyens, le rapport considère que la qualification contractuelle est contre-indiquée. Tenant compte du caractère non impératif des stipulations, il affirme qu'une « autre voie consiste à préciser la règle du jeu de ce qui, sans être un véritable contrat, est une convention, prenant acte du concours de deux volontés poursuivant un même but ou des objectifs semblables ». V. aussi, *Ibid.*, p. 250 et s.

¹⁴⁵ V. cependant, un mouvement doctrinal semble de plus en plus soucieux des manifestations juridiques non normatives : S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

¹⁴⁶ É. MILLARD, « Qu'est-ce que la norme juridique ? », in J. Chevallier (dir.), *La normativité, Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (n° 21), spéc. p. 60.

tion est fautive dans la mesure où la sanction apparaît comme un corollaire facultatif d'un énoncé juridique (§2).

§1. Un corollaire indispensable, la force obligatoire

185. Pour une grande part, la force obligatoire conférée au contrat régit les conditions d'exécution des obligations. Voilà pourquoi elle est indispensable à la validité juridique de l'acte. Et en raison du lien qui l'unit au caractère obligatoire d'une stipulation la force obligatoire peut s'y apparenter. Dès lors, il n'est guère étonnant qu'une confusion soit parfois entretenue entre eux. La force obligatoire constitue pourtant un simple corollaire de l'impérativité des stipulations contractuelles. Elle s'en distingue car elle s'analyse en une reconnaissance du droit objectif (a) et s'exerce sur l'ensemble de l'acte conventionnel (b). Sur ce dernier aspect, il est même possible d'avancer qu'elle est paradoxalement applicable à toute convention légalement conclue indépendamment de son contenu, y compris les conventions d'administration.

a) Une reconnaissance provenant du droit objectif

186. Comme l'implique l'article 1134 du code civil¹⁴⁷, la force obligatoire consiste en la reconnaissance par le droit objectif de la validité d'un contrat¹⁴⁸. Par conséquent, elle est extérieure à l'acte et indépendante de la volonté des parties. En ce sens, M. Ghestin affirme que « *le contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique*, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général, d'autres diront le bien commun, impose de sanctionner les contrats utiles et justes »¹⁴⁹. Si la justification donnée par l'auteur est contestable, puisqu'elle fait dépendre la force obligatoire de la sanction juridique, la liaison établie avec le droit objectif est convaincante. Elle suggère que les parties n'exercent pas d'influence sur la force obligatoire. Tandis qu'elles peuvent déterminer par la rédaction du texte conventionnel le caractère obligatoire ou non des clauses, le bénéfice de la force obligatoire leur échappe.

¹⁴⁷ Art. 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁴⁸ Y. GAUDEMET, « Loi et contrat », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 75.

¹⁴⁹ J. GHESTIN, « Contrat », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 279 (nous soulignons). V. part., J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron., pp. 1-3.

Il faut relier cet aspect à l'intégration des contrats dans l'ordonnement normatif. Comme l'a souligné Hans Kelsen, l'acte contractuel est une source de normes¹⁵⁰. À ce titre, il est incorporé dans le processus de validité qui fonde la théorie positiviste. Étant, à l'instar des décisions individuelles, au plus bas de la hiérarchie normative, il doit trouver un fondement dans une norme supérieure, qui peut être théoriquement une disposition réglementaire, législative ou encore constitutionnelle¹⁵¹. L'article 1134 du Code civil traduit cette exigence, sans toutefois en justifier l'existence. Cette disposition légale doit être comprise comme une confirmation de la soumission des actes contractuels à la loi et non comme une assimilation du contrat à la loi. De ce fait, le contrat est consacré par le droit positif en tant qu'acte obligatoire comportant des stipulations impératives. D'une façon générale, par application de l'adage *Pacta sunt servanda*, qu'il soit consacré par un texte ou non, les parties sont tenues de respecter les engagements qu'elles ont conclus. La force ainsi conférée résulte de l'ordonnement normatif¹⁵², une fois que les parties ont exprimé la volonté de conclure un contrat. Il s'agit d'un mécanisme extérieur à l'acte. Il joue pour l'ensemble des actes entrant dans la catégorie des contrats et présentant toutes les conditions de validité prévues par l'ordre juridique. Bien plus, il est possible de postuler que la force obligatoire s'applique à des actes conventionnels dont le contenu n'est pas constitué d'obligation.

Sur ce point, la jurisprudence *Commune de Béziers*¹⁵³ comporte une confusion regrettable. Souhaitant consacrer l'exigence de loyauté au sein des relations contractuelles, le Conseil d'État semble avoir négligé la force obligatoire des conventions. S'il faut saluer l'initiative du juge, on peut déplorer qu'il fasse dépendre le principe de l'application du contrat de la seule « exigence de loyauté des relations contractuelles ». Car si l'acte trouve à s'appliquer, c'est seulement en raison de la force obligatoire qu'il revêt objectivement. Certes, les parties doivent exécuter leurs prestations de façon loyale. Mais cela vise la manière dont l'acte doit être appliqué et ne justifie, en aucune façon, la raison pour laquelle il doit l'être. Il faut espérer que le

¹⁵⁰ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 35 : « si la convention a « force obligatoire », si elle a l'effet d'obliger les sujets contractants à une conduite à laquelle ils n'étaient pas obligés auparavant, cela signifie que *la convention a créé une norme* qui n'existait pas avant la conclusion de la convention : c'est-à-dire une norme qui stipule cette conduite bien déterminée, qui est celle de la convention » (nous soulignons).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 36 : « il va sans dire que la convention n'a pas une telle force obligatoire par elle-même ; mais que cette force doit lui être attribuée par une norme ou un ordre supérieur ».

¹⁵² V. *contra*, L. AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 77 et s.

¹⁵³ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

juge précisera cet aspect et reviendra sur le rôle, peut-être excessif, octroyé à l'exigence de loyauté, comme substitut de la force obligatoire.

187. Parce que les auteurs privatistes envisagent souvent le contrat comme une source d'obligations, ils négligent les effets attachés par le droit objectif à la conclusion de l'acte. Cette perception résulte de l'assimilation assumée ou non de l'*instrumentum* au *negocium* ; autrement dit, du contrat aux obligations. La présentation de la matière est significative de ce défaut. Le droit des contrats privés s'enclave, en effet, dans le droit des obligations privées¹⁵⁴. Cela a marqué de nombreux travaux comme le relève M. Ancel dans un important article au terme duquel l'auteur distingue la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel¹⁵⁵. Selon ses termes, « ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel »¹⁵⁶. Une telle présentation permet de réaffirmer que l'acte contractuel peut être source d'obligations, mais que la force obligatoire du contrat ressort de l'ordonnement juridique. Cette approche autorise alors à découpler le contenu des stipulations, porteur d'obligation ou non, de la force obligatoire de l'acte.

Cependant, une nuance doit être apportée. L'auteur envisage toujours des stipulations dont l'énoncé est normatif, suivant une acception stricte du terme. Dans son étude, il ne vise pas des clauses directives lorsqu'il se réfère au contenu non obligationnel. Il s'agit en fait de stipulations relatives à des droits. Les clauses visées prescrivent alors aux parties une action : elles peuvent créer un droit, le transférer ou l'éteindre. Dès lors, la force obligatoire se trouve ici toujours rattachée à des énoncés impératifs. Si elle est distincte de l'obligation, on ne peut en déduire la possibilité de reconnaître cette force dans le cadre de stipulations directives. Cela mérite de préciser l'objet sur lequel elle s'exerce afin d'en mesurer les conséquences.

b) Une reconnaissance portant sur l'acte contractuel

188. La force obligatoire reconnue à l'acte contractuel est indépendante de la nature de ses clauses. Dès lors qu'il est valablement conclu, il revêt cette propriété. Une telle approche implique une distinction entre l'*instrumentum* et le *negocium*,

¹⁵⁴ À cet égard, une formule de M. Le Tourneau est très symptomatique : « *la théorie générale des obligations [...] demeure le noyau central de tout le droit* » (LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 352 (souligné dans le texte)).

¹⁵⁵ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, spéc. pp. 771-778. V. aussi H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juriscasseur, 1999, spéc. pp. 651-654.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 774.

comme Georges Péquignot l'avait mise en exergue¹⁵⁷. Peu importe le contenu de l'acte pourvu qu'il remplisse les conditions de légalité. Cela vaut tant pour les contrats privés que pour les contrats administratifs¹⁵⁸. Il est possible de confirmer cette assertion en se référant au droit positif et à la pratique jurisprudentielle. En outre, le rattachement de la force obligatoire à l'*instrumentum* peut conduire, de façon paradoxale, à admettre cette force aux conventions d'administration.

189. En premier lieu, les rédacteurs du Code civil semblent bien avoir voulu relier la force obligatoire directement à l'acte. Le libellé de l'article 1134 de ce Code est peu équivoque : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Il n'est pas fait mention des obligations ou des droits contenus dans les clauses conventionnelles. Ainsi, la force reconnue par la loi doit s'appliquer à l'ensemble de l'acte. Comme l'écrit M. Ancel, « quel que soit le contenu (obligationnel ou non obligationnel) du contrat, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle »¹⁵⁹.

Toutefois, la construction du code paraît confuse parce qu'elle situe la force obligatoire des conventions au sein d'un chapitre consacré à l'effet des obligations. Au regard de la clarté de l'article 1134, cette organisation est surprenante et pourrait induire en erreur. Il ne faut cependant pas en déduire que la formule consacrée contiendrait une maladresse. Elle s'inscrit dans une pratique bien établie et partagée par d'autres droits inspirés de l'adage « *pacta sunt servanda* ». En attestent les relations conventionnelles étatiques : la Convention de Vienne rattache sans ambiguïté la force juridique à l'*instrumentum*¹⁶⁰. De même, le Conseil d'État affirme que « la règle *pacta sunt servanda* [...] implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »¹⁶¹. En dépit des critiques¹⁶² dont fait l'objet

¹⁵⁷ G. PÉQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, th., Pedone, 1945, p. 23.

¹⁵⁸ V. not., F. LLORENS, Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif), th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 229 et pp. 230-232.

¹⁵⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDcin.*, 1999, p. 774.

¹⁶⁰ Art. 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

¹⁶¹ CE Ass., 9 juill. 2010, *Cheriet-Benseghir, Rec.*, (à paraître).

¹⁶² V. not., M. BILLIAU, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 129-133 : l'auteur estime que la jurisprudence de la Cour de cassation en fait un principe à « géométrie variable ». Sur son caractère obsolète, Ch. JAMIN, « Force obligatoire du contrat : éloge de la sobriété », in *Quatre-vingts ans de la Semaine Juridique*, 2007, p. 41.

« l'insondable article 1134 »¹⁶³, il consacre bien un lien insécable entre l'acte contractuel et la force obligatoire. Si une modification rédactionnelle devait ainsi intervenir, elle devrait conserver cette liaison intacte.

190. En deuxième lieu, gouvernant tout contrat, il n'est guère douteux que la force obligatoire joue pour les contrats administratifs. Aussi la problématique est-elle moins celle de son existence que de son application. Il est arrivé au juge administratif de s'y référer au visa de l'article 1134 du Code civil¹⁶⁴. Malgré tout, cette démarche peut être trompeuse car elle n'est pas toujours révélatrice d'un emprunt fait au droit commun. En effet, lorsqu'il est confronté à un contrat privé entre un patient et un praticien, le Conseil d'État fait logiquement application du Code civil¹⁶⁵. De même, il a consacré un principe général du droit d'immutabilité des contrats de travail, ayant inspiré la rédaction des articles 1134 du Code civil et L. 212-1 du Code du travail¹⁶⁶. Mais, s'agissant des contrats administratifs, l'article 1134 n'est plus directement utilisé puisque le juge fait application des principes dont ce texte s'inspire¹⁶⁷. Cette approche est courante. Elle n'exclut bien évidemment pas la force obligatoire des relations contractuelles en droit public. Au demeurant, un arrêt, précédé et suivi de plusieurs autres, relatif à un marché de fournitures rend compte de l'ancienneté de cette consécration jurisprudentielle¹⁶⁸.

La perception retenue par le juge administratif suggère une dissociation entre l'examen de la nature des clauses et celle de la force reconnue à l'acte conventionnel. En pratique, ces deux étapes semblent aller de pair. Et il paraît malaisé de vérifier l'hypothèse d'un acte dont les stipulations présenteraient un caractère impératif, sans que le droit positif ne lui reconnaisse une force obligatoire. Une lecture attentive des décisions rendues par le Conseil d'État autorise un raisonnement par récurrence.

¹⁶³ Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 297.

¹⁶⁴ CE, 12 déc. 1902, *Dame Orcibal et sieur Leclère*, *Rec.*, p. 750 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ». V., pour d'autres illustrations, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp. 216-217.

¹⁶⁵ CE, 8 juill. 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, *Rec.*, tab., p. 1184.

¹⁶⁶ CE Ass., 29 juin 2001, *Berton*, *Rec.*, p. 296.

¹⁶⁷ CE, 9 févr. 2005, *Soc. Canal Calédonie*, *Rec.*, p. 39. V., bien avant, L. CORNEILLE, concl. sur l'arrêt CE, 3 déc. 1920, *Fromassol*, *RDP*, 1921, p. 79.

¹⁶⁸ CE, 21 mars 1821, *Bertrand c/ Ministre de la guerre*, in *jurisprudence du Conseil d'Etat* publié par J.-B. Sirey, 1823, t. 5, n° 4467, p. 433 : « cette convention, qui peut être considérée comme un marché d'urgence, [...] doit être considérée comme obligatoire ». V. pour une présentation détaillée de la jurisprudence, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp. 216-219.

L'arrêt *Syndicat national des ingénieurs de l'aviation*¹⁶⁹ met en valeur un double degré d'étude. Le juge vérifie d'abord la présence de stipulations impératives. Puis il se prononce sur la force juridique de l'acte. En l'espèce, il a estimé que le protocole d'accord visé par le recours ne contenait que de simples déclarations d'intention et qu'il était dépourvu de force contraignante. Le raisonnement juridique se déroule ainsi en deux temps. Ainsi ne résulte-t-il de cet arrêt aucune déduction logique entre l'absence d'impérativité et l'absence de force contraignante.

191. Comme le souligne M. Lafaix, il « faudrait distinguer plus clairement la « norme contractuelle », c'est-à-dire le contenu de l'acte juridique, en tant que *negocium*, et la « force obligatoire » du contrat, qui est l'effet juridique, ou plutôt l'un des effets juridiques, attaché par l'ordre juridique à la réunion des conditions de production et de légalité du contrat. Ainsi, les parties sont obligées à ce que le contrat prévoit – c'est la norme contractuelle –, mais elles y sont obligées en vertu d'une autre norme : la norme « *pacta sunt servanda* », inscrite à l'article 1134 du Code civil. C'est cette norme supérieure qui constitue le contrat en tant que norme, ou acte juridique ou fait créateur de droit »¹⁷⁰.

Bien qu'adhérant à cette distinction, il convient de relever une aporie. Le caractère normatif du contrat se rapporte à son seul contenu, à ce que les parties ont convenu. Tandis que la force obligatoire ne dépend pas des contractants, mais de la norme supérieure qui la confère à l'acte. Dire que le contrat comprend une norme en vertu du principe « *pacta sunt servanda* » revient donc à ruiner la distinction justement mise en exergue. Suivant cette approche, norme contractuelle et force obligatoire procèdent alors de la même source. Il faudrait plutôt s'en tenir à analyser la norme contractuelle par référence aux stipulations. De sorte qu'il revient, en théorie du moins, aux parties de s'entendre sur le caractère impératif ou non des clauses. Seulement ensuite, il est possible de s'interroger sur la force juridique attachée à cet acte par l'ordonnement juridique. La norme contractuelle se conçoit ainsi à partir du contenu de l'acte. La force obligatoire s'analyse, quant à elle, au regard de l'ordonnement juridique. Elle excède donc la détermination des seules parties. En revanche, la validité de l'acte tient compte de l'ensemble de ces éléments.

192. En troisième lieu, la force obligatoire vaut indifféremment à l'égard des parties, malgré une éventuelle inégalité entre elles. Ce constat corrobore sa relation

¹⁶⁹ CE, 27 oct. 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation*, Rec., tab., p. 766.

¹⁷⁰ J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, NBT, vol. 87, 2009, p. 208.

avec l'acte. Il n'est pas nécessaire d'établir une distinction entre les cocontractants, cette propriété existe indépendamment de leur nature. À partir de cette déduction, un auteur a soutenu qu'il fallait refuser à l'administration la possibilité de disposer de pouvoirs exorbitants du droit commun¹⁷¹. Relevant une incompatibilité logique entre la force obligatoire et les pouvoirs de modification, il estimait que leur consécration supposait une négation de la force obligatoire. Il n'en est rien. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* observent ainsi que « le pouvoir modificateur de l'administration constitue [...] une dérogation certaine au principe de l'immutabilité des clauses contractuelles ; il ne constitue nullement la négation de la force obligatoire du contrat à l'égard de l'administration »¹⁷². Parce que la force obligatoire concerne l'acte, elle ne saurait être fonction de la nature des parties. En signant un contrat, l'administration exprime sa volonté de respecter ce principe fondamental. Mais cela n'implique pas qu'elle renonce à certaines prérogatives. Du reste, si le droit objectif attache au contrat cette force, il délimite également son étendue pour les contrats administratifs. L'intérêt général, qui anime le respect du contrat conclu, explique également les pouvoirs reconnus à l'administration par le droit positif pour satisfaire les besoins de la collectivité. Une conciliation doit donc être opérée entre ces deux impératifs. Car on ne peut renoncer à l'un ou à l'autre.

Il faut observer surtout que si l'acte n'était pas revêtu d'une force obligatoire, il n'y aurait pas lieu de tenir compte de l'équilibre financier initial lorsque l'administration modifie des clauses. Le simple fait de considérer le bouleversement économique du contrat signifie que les parties devaient, en principe, en respecter les termes. Dans sa jurisprudence *Union des transports publics urbains et régionaux*, le Conseil d'État rappelle ainsi que « l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, [...] l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin [...] les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi »¹⁷³. Force obligatoire et

¹⁷¹ J. L'HUILLIER, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.*, 1953, chron., p. 90 : « la conclusion que comportent ces quelques observations est que le principe fondamental du droit des contrats d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » vaut, malgré les exceptions purement apparentes qu'il peut sembler comporter à son profit, pour l'Administration contractante aussi bien que pour les particuliers ».

¹⁷² A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 725.

¹⁷³ CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33.

pouvoirs de modification de l'administration sont donc compatibles. Les modalités d'application des seconds rendent compte du respect de la première.

Enfin, dernière preuve que le pouvoir de modification n'est pas contradictoire avec la force obligatoire du contrat, l'administration peut commettre une faute en bouleversant son économie. Selon la présentation livrée par M. Richer¹⁷⁴, l'arrêt *Ville de Saint-Malo*¹⁷⁵ illustre cette hypothèse. La décision ne mentionne pas explicitement la faute de l'administration. Et il y aurait des raisons de penser que tel n'est pas le cas. Cependant, en admettant l'existence d'une faute, l'auteur suggère que la partie fautive n'a pas rempli une obligation préexistante. Lorsqu'elle modifie de façon trop importante les clauses d'un acte, elle manque au respect de la convention conclue. En d'autres termes, elle méconnaît sa force obligatoire. Cela témoigne, une nouvelle fois, de l'encadrement du pouvoir de modification détenu par l'administration au regard de la force obligatoire du contrat.

193. En quatrième et dernier lieu, cette dissociation autorise une remarque s'agissant de ses conséquences. En théorie, si la force juridique qui s'attache au contrat est indépendante du contenu des clauses, il serait possible de la transposer aux conventions d'administration. Certes, celles-ci ne comportent aucune obligation. Mais il a été dit que cela était indifférent au regard de l'effet attaché par l'ordre juridique. Or une telle reconnaissance pourrait consacrer, de façon opportune, l'assujettissement des parties à la convention conclue. Les signataires seraient tenus de respecter les termes de l'acte. Un comportement fautif causant un préjudice pourrait alors justifier une saisine du juge.

De même que certains accords ne contiennent aucune obligation et sont pourtant revêtus d'une force obligatoire, les conventions d'administration bénéficieraient de cette propriété « en ce que la situation juridique qu'[elles créent] s'imposent aux parties et au juge »¹⁷⁶. Juger l'inverse reviendrait à nier la validité juridique de l'acte, à faire comme si rien n'avait été conclu. Une telle négation paraît inconcevable. Il ne s'agit pas seulement d'une question de moralité des parties ou de sécurité économique. Il s'agit d'une question de respect de la légalité conventionnelle. Du reste, un raisonnement finaliste reposant sur l'utile et le juste conduirait à une solution simi-

¹⁷⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008, p. 264 : « la modification trop importante est fautive ».

¹⁷⁵ CE Sect., 27 oct. 1978, *Ville de Saint-Malo*, *Rec.*, p. 401.

¹⁷⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDcin.*, 1999, p. 788.

laire. Transposant les propos de M. Waline, la convention d'administration est obligatoire parce qu'elle est utile, elle ne le demeure que si elle est juste¹⁷⁷.

Cependant, cette hypothèse ne déploierait que peu d'effets en pratique. La force obligatoire attachée à la convention risquerait d'être neutralisée par l'absence de caractère impératif des stipulations conventionnelles. Certes, les parties seraient alors tenues par la convention d'administration passée en vertu du principe « *pacta sunt servanda* ». Mais elles ne seraient obligées à rien au regard du contenu des stipulations. Il n'empêche qu'il n'y aurait pas d'obstacle théorique à cette reconnaissance. Au surplus, cette remarque permet de rappeler que la force obligatoire est « liée à la notion même de contrat »¹⁷⁸ mais qu'en aucun cas elle n'en constitue un critère de définition¹⁷⁹. La force obligatoire réserve ainsi des paradoxes, qui réapparaissent avec moins de vivacité s'agissant de la sanction perçue comme critère de la normativité.

§2. Un corollaire facultatif, la sanction

194. Malgré une perception encore répandue, la sanction¹⁸⁰ « comme caractéristique de la règle de droit est un faux critère »¹⁸¹. Pour les conventions, cette affir-

¹⁷⁷ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 974. V. égal., J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Mélanges A. Rieg*, Bruylant, 2000, p. 877. Il est possible de relier cette doctrine aux travaux de Duguit : « dire d'une norme qu'elle est obligatoire comme norme juridique, c'est dire simplement qu'à un moment donné, dans le groupe considéré, si cette norme est violée, la masse des esprits comprennent qu'il est juste, suivant le sentiment qu'ils se forment de la justice à ce moment, qu'il est nécessaire pour le maintien de l'interdépendance sociale, que ce qu'il y a de force consciente incluse dans le groupe intervienne pour réprimer cette violation » (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 144).

¹⁷⁸ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, p. 410.

¹⁷⁹ V. *contra*, J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, p. 215 : « La force obligatoire du contrat présente cette particularité d'être à la fois un élément de la doctrine de l'autonomie de la volonté, et un critère de définition du contrat ».

¹⁸⁰ On retiendra ici une acception large de la notion de sanction, comme « toute atteinte portée à la situation juridique d'un sujet de droit, soit par constitution d'obligations nouvelles, soit par déchéance de droits, en conséquence de la violation d'une obligation » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 71). De même, Cl. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 1937, p. 107 : « La sanction est la conséquence attachée par le droit à la violation d'une règle juridique ; elle constitue une « réaction », c'est-à-dire, en général, un événement défavorable à l'auteur de la violation ; au besoin, elle peut être imposée par la force publique ». Hans Kelsen propose une définition proche, mais concentrée autour de la force : « Par *sanction* statuée par un ordre normatif, on comprend habituellement un certain comportement (vis-à-vis d'un homme) qui est en général ressenti comme *un mal* et qui – conformément à une norme de l'ordre normatif – doit être infligé à un homme [...] dont le comportement n'est pas conforme à l'ordre. Le mal peut – comme dans le cas des sanctions juridiques – consister dans la soustraction forcée de valeurs, comme la vie, la liberté, ou des biens économiques ou autres » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad., O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 176 (souligné dans le texte)). V. part.

mation se vérifie doublement. D'une part, la sanction n'est pas nécessaire pour identifier une stipulation impérative, comme elle n'est pas indispensable pour son exécution (a). D'autre part, et bien que cela puisse apparaître surprenant, la sanction peut accompagner une stipulation directive (b). Par conséquent, dans ces deux hypothèses, elle n'est qu'un accessoire à la proposition juridique. C'est en raison de son efficacité pratique que la sanction est associée la plupart du temps à un énoncé normatif. Il en résulte des approximations théoriques, notamment de la part du juge en raison de son office.

a) Un accessoire de la stipulation impérative

195. Selon la théorie positiviste classique, la signification d'une stipulation impérative constitue une norme à la condition qu'il existe une sanction socialement organisée. Celle-ci doit pouvoir être appliquée en cas de manquement à l'obligation préexistante. Ainsi que le résume Michel Virally, la notion d'obligation est indissociable de la sanction dans cette perspective¹⁸². Pour Hans Kelsen, « on ne peut dire qu'une conduite donnée est objectivement prescrite en droit et qu'elle peut par suite être considérée comme faisant l'objet d'une obligation juridique, que si une norme juridique attache à la conduite contrainte la sanction d'un acte de contrainte »¹⁸³. Encore aujourd'hui, nombreux sont les auteurs affirmant que « toute prescription juridique est caractérisée par un *commandement* et une *sanction* »¹⁸⁴.

Cette doctrine est très révélatrice des rapports étroits entre la norme, la sanction et le juge. Elle a imprégné une grande partie de la doctrine durant le XX^e siècle¹⁸⁵. Envisagés d'un point de vue contentieux, « les contrats entre administra-

sur la polysémie de la notion de sanction, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 221-263.

¹⁸¹ P. FORIERS, « Règles de droit. Essai d'une problématique », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 18 : Cet auteur soutient que le fondement de la règle de droit se situe dans l'adhésion du destinataire et y attache la sanction. De même, la sanction pose de redoutables difficultés s'agissant de la définition du droit : G. VLACHOS, « Quelques considérations sur le droit et la sanction », in *La technique et les principes du droit public. Mélanges G. Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 585 et s.

¹⁸² Avant de contester cette approche, Michel Virally affirme que « l'unanimité se fait aisément sur la seconde équation : obligation juridique = obligation sanctionnée par la contrainte socialement organisée. On y voit aujourd'hui une vérité si évidente qu'elle se passe de démonstration » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. IX). V. égal., G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 202 et s.

¹⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 123.

¹⁸⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 43.

¹⁸⁵ La doctrine y associe, à des degrés variables, le recours à la force. Ainsi, pour François Gény, « si l'on ne saurait, à proprement parler, soutenir que la force seule *fait* le Droit, on doit, du moins, admettre qu'elle le *parfait* » (souligné dans le texte) (F. GÉNY, « Justice et force », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, rééd., 1977, p. 255).

tions sont [ainsi] créateurs de droits, et d'obligations qui sont sanctionnées par une action en justice »¹⁸⁶. À ce titre, l'arrêt *Deplanque*, rendu par le Conseil d'État le 31 mai 1907¹⁸⁷, fournit une illustration caractéristique. Au-delà de la volonté du juge administratif de sanctionner l'inexécution d'une obligation, il s'est montré enclin à concevoir l'obligation au travers de la sanction. En témoignent les conclusions de Jean Romieu : « toute obligation contractuelle comporte une sanction ; à défaut de règles particulières édictées par le contrat, c'est le droit commun qu'il faut appliquer »¹⁸⁸. Au lieu d'énoncer qu'un manquement à une obligation devrait pouvoir être sanctionné, cette affirmation suggère que la sanction est un critère de l'obligation.

196. Cette perception « un peu simpliste »¹⁸⁹ est imparfaite à plusieurs égards. Tout d'abord, la détermination de la norme par une autre norme repose sur un fondement discutable (1°). Ensuite, par la sanction les parties sont envisagées de manière réductrice. Elles ne sauraient en particulier être résumées à de potentiels fautifs (2°). Enfin, la sanction s'analyse comme un instrument d'efficacité et non comme un critère de définition de la norme (3°)

1° Un fondement discutable de la norme

197. Premièrement, il faut rappeler que la définition de la norme par la sanction impose d'envisager la possibilité de la sanction et non son application¹⁹⁰. Autrement dit, il suffit qu'une norme la prescrive. Nul n'est besoin qu'elle soit effectivement mise en œuvre. Définir, au contraire, la règle par le prononcé de la sanction conduirait de façon paradoxale à une définition *a posteriori* de la norme. Or, pour être appliquée, il faut logiquement qu'il préexiste une règle à sanctionner. Par exemple, s'il fallait attendre que le juge inflige une sanction à l'égard d'une partie, qui aurait

¹⁸⁶ E. BAUDOT, *Recherches sur les rapports entre Administrations publiques en droit administratif français*, th., EDG Thomas, 1913, p. 264. V. égal., J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 138 ; G. JÈZE, *Cours de droit public. Théorie générale des contrats de l'administration, formation et exécution*, Marcel Giard, 1931, p. 315 : « La règle est [...] que toute obligation contractuelle a une sanction » ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1137 : « la règle de droit suppose une sanction » mais qui « n'est pas forcément organisée ». Plus récemment, Ph. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1438 : « un contrat est, en droit, porteur « d'obligations » contractuelles juridiquement sanctionnées ».

¹⁸⁷ CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, *Rec.*, p. 513.

¹⁸⁸ J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, *Rec.*, p. 515 (nous soulignons).

¹⁸⁹ Ch. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ/Bruylant, 2005, p. 25.

¹⁹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 123.

manqué à une obligation, pour caractériser la règle, les cocontractants ne seraient juridiquement obligés qu'à partir de cette intervention. Et comment admettre alors la validité de la sanction puisque la règle n'était pas identifiée auparavant ? Ce raisonnement serait illogique. Il aurait pour effet de caractériser la norme concomitamment à la mise en œuvre de la sanction. Ainsi la théorie positiviste ne repose-t-elle pas sur l'application de la sanction mais sur la prescription de la sanction par l'ordre juridique¹⁹¹.

198. Secondement, soutenir que la norme se définit par la sanction implique que toute norme doit pouvoir être sanctionnée pour être valide. Or la sanction constitue une norme à part entière. Elle devrait donc pouvoir, elle-même, être sanctionnée pour être valide. Cette observation révèle un raisonnement tautologique. Il en résulte un non-sens, puisque caractériser la norme par la sanction conduit à définir la sanction par une nouvelle sanction. Cela n'est pas concevable : « c'est [...] rebondir de norme en norme sans avoir jamais expliqué pourquoi la norme supérieure est elle-même obligatoire »¹⁹². Une autre hypothèse serait d'en conclure que la prescription d'une sanction ne constitue pas une norme. Cette assertion n'apparaît pas plus convaincante que la précédente. En conséquence, postuler la sanction comme un critère de la norme comporte une faiblesse théorique.

199. Voilà pourquoi Kelsen a contesté cette dissociation. Il a affirmé que la norme sanctionnant le manquement à une norme de comportement était liée à cette dernière¹⁹³. Alors, plus qu'une condition de validité de la norme, la sanction englobe deux propositions : le comportement à adopter par le sujet et la contrainte à appliquer, le cas échéant. Dans la théorie kelsénienne, la règle de comportement n'existe donc qu'au travers de la contrainte qu'y attache l'ordre juridique. Sur ce point, il s'oppose à Hart qui recense « des règles primaires d'obligation, interdisant le libre usage de la violence, et des règles relatives à l'usage public de la force en vue de

¹⁹¹ Cela n'écarte pas cependant le rapport temporel qu'il existe entre la norme et sa sanction (N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 111).

¹⁹² D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 71.

¹⁹³ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 176 : « on a l'habitude de distinguer entre les normes juridiques qui commandent un certain comportement et les normes juridiques qui attachent une sanction au comportement allant contre ces normes, et de les appeler respectivement des normes juridiques primaires et secondaires [...]. Mais la formulation de la première de ces deux normes est superflue car *juridiquement*, le « ne-pas-devoir-voler » existe seulement dans le « devoir-être-puni » qui lui est attaché comme condition du vol » (souligné dans le texte).

sanctionner les premières »¹⁹⁴. Il est aisé de comprendre l'ambition de cette incorporation de la norme de sanction à la norme de comportement. Elle vise à préserver les fondements du droit perçu comme un ordre de contrainte. Elle permet de placer au centre de la théorie la sanction et d'esquiver la difficulté posée par son fondement¹⁹⁵. L'enjeu réside dans l'admissibilité d'une définition du droit structurée autour de la contrainte régaliennne. Cette affirmation n'emporte pas la conviction car elle apparaît discutable à deux égards.

200. D'une part, l'artifice consiste à synthétiser deux propositions distinctes. Malgré le lien logique qui les unit, on observe des signes de dissociation. Comme le relèvent certains auteurs, la sanction s'analyse en une prescription juridique ayant vocation à se substituer à la prescription initiale¹⁹⁶. Il est possible d'établir une relation de dépendance entre elles puisque l'application de la sanction dépend de l'exécution de la prescription initiale. Néanmoins, elles sont théoriquement distinctes, seul un rapport fonctionnel les unit¹⁹⁷. Pour preuve, une modification de la sanction applicable n'affecte pas automatiquement la règle à respecter. Mais encore, l'attitude des sujets est révélatrice. En pratique, la sanction est peu appliquée¹⁹⁸, seul importe le comportement dicté par la norme pour le sujet respectueux du droit. Il ne se préoccupe guère de la contrainte puisqu'il ne méconnaît pas la prescription. S'agissant des conventions, dès lors qu'elles sont valablement conclues, les parties sont, en principe, déterminées à exécuter leurs prestations. Et ce, parce qu'elles ont exprimé leur consentement et qu'elles y trouvent un intérêt. Il y a tout lieu pour les parties de remplir leurs engagements. Elles ne perçoivent donc pas la norme par le prisme de la sanction. Cela vaut pour la plupart des sujets et, à plus forte raison, pour des cocontractants.

201. D'autre part, la définition de la norme par référence à la sanction devrait commander le rejet du concept d'obligation naturelle. En effet, entendue comme une « obligation dépourvue d'action en justice »¹⁹⁹, elle n'est pas susceptible de sanc-

¹⁹⁴ H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, p. 236.

¹⁹⁵ M. TROPER, « Normativisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 1078.

¹⁹⁶ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, spéc. p. 69 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 45.

¹⁹⁷ N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, pp. 110-111.

¹⁹⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 44.

¹⁹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 26.

tion prononcée par le juge²⁰⁰. Il ne devrait donc pas en résulter une norme, et ce malgré la prescription qu'elle contient. Achoppant sur cette difficulté, Kelsen recourt à un artifice en analysant cette situation « comme une limitation de la validité d'une norme instituant une sanction »²⁰¹. Cela revient à estimer qu'une sanction est prévue tout en étant écartée dans ces hypothèses par l'ordre juridique. Autrement dit, il ne s'agit pas, selon l'auteur, d'une absence de sanction mais d'une sanction bornée dans son application. Elle s'avère exclue s'agissant des obligations naturelles. Ainsi la norme comme manifestation de la contrainte est-elle préservée.

Cette interprétation n'est pas convaincante. Fidèle à sa conception du droit, Kelsen refuse d'admettre l'indifférence de la sanction pour caractériser une norme. Il se contente d'observer sa paralysie dans cette hypothèse. En aucun cas, il n'est question pour lui de distinguer les propositions impératives dotées d'une sanction de celles qui en sont dépourvues. L'étude des obligations naturelles infirme pourtant cette relation indissociable. Cela confirme qu'il « peut y avoir des règles juridiques sans sanction directe par des moyens de contrainte »²⁰². S'agissant des obligations conventionnelles, la norme consiste en la signification donnée à un énoncé impératif. Sa validité ne dépend pas de la sanction que l'on peut y attacher. Pour cette raison, il n'est pas satisfaisant d'entendre l'ordre juridique conventionnel comme un ordre de contrainte. Cette appréciation semble réductrice, de la même manière que l'est le fait de concevoir les parties comme potentiellement fautives.

2° Une perception réductrice des parties

202. Envisager l'obligation par le prisme de la sanction conduit à nier une originalité conventionnelle. Cela occulte, en effet, l'intérêt qu'ont évidemment les parties d'observer leurs engagements. Tandis que le respect de dispositions unilatérales peut être perçu comme une contrainte par un destinataire, dans les relations conventionnelles cette perception s'estompe. Peu importe l'existence d'une sanction, les parties exécutent généralement les engagements auxquels elles ont consenti parce qu'elles y trouvent un bénéfice. À ce propos, il semble que les parties aux conven-

²⁰⁰ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, p. 3 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2009, pp. 2-5 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, p. 34.

²⁰¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 59.

²⁰² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 44.

tions d'administration remplissent de façon assez satisfaisante leurs engagements²⁰³. Par exemple, les conventions de revitalisation dont l'objectif est le traitement des sinistres économiques sont correctement suivies par les parties²⁰⁴. La théorie kelsénienne transforme, quant à elle, en fautifs potentiels les signataires. Ils ne sont plus envisagés comme des partenaires mais comme exécutant leurs obligations pour échapper à une sanction prévue par l'acte ou par l'ordre juridique. C'est adopter une perception bien décevante des cocontractants. Pour le moins, la présentation classique ne semble pas adaptée aux relations conventionnelles. Il ne s'agit pas pour les cocontractants d'éviter la sanction, comme le ferait un « délinquant potentiel »²⁰⁵.

203. Cette approche se retrouve pourtant au sein de la doctrine. Pour M. Mescheriakoff, « dire que les partenaires s'engagent n'est qu'un jeu de mots, car ils ne s'engagent que s'ils décident de ne pas violer le contrat »²⁰⁶. Paradoxale dans la conception de la règle, puisqu'elle est conditionnée par le comportement des parties, cette affirmation rejoint le rôle assuré par la sanction dans la théorie positiviste classique. Il s'agit bien de caractériser l'obligation par son exécution. Cela justifie d'associer la sanction à la règle dans la mesure où prévoir la sanction permet de dissuader les parties de violer leurs engagements.

Cette référence souligne combien l'approche du droit comme un ordre de contrainte a influencé la conception normative du contrat. Il faut le regretter puisqu'elle ne correspond pas à la philosophie de la relation conventionnelle. Celle-ci est moins marquée par la coercition que par la coopération. L'autorité de la règle conventionnelle réside d'abord dans l'adhésion des sujets à la règle. D'ailleurs, il est remarquable d'observer que l'irrespect et l'inapplication souvent dénoncés de la règle de droit affectent, selon toute vraisemblance, moins les actes conventionnels que les actes unilatéraux. Le rapport des sujets à la règle semble assez différent²⁰⁷. Voilà

²⁰³ Selon le rapport du Conseil d'État, les engagements contenus dans les contrats de plan étaient réalisés à hauteur de 80 % (CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 104, note 340).

²⁰⁴ B. BRASSENS et autres, *Rapport sur les dispositifs de revitalisation territoriale, contrats de site, convention de revitalisation*, Inspection générale des affaires sociales, octobre 2006, p. 24.

²⁰⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 124 : « est juridiquement obligé l'individu qui peut par son comportement commettre l'acte illicite, c'est-à-dire le délit, et provoquer ainsi la sanction, en bref : le délinquant potentiel, ou qui peut éviter la sanction par la conduite contraire ».

²⁰⁶ A.-S. MECHERIAKOFF, « La planification française entre centralisation et décentralisation », *RFDA*, 1995, p. 999.

²⁰⁷ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 62 : ainsi, on ne peut pas transposer rigoureusement aux règles conventionnelles ce qui vaut pour les règles unilatérales : « l'essence du Droit, c'est d'abord de déplaire, de brimer, de frustrer, de faire pièce à nos désirs, d'écraser nos pulsions. Il ne faut pas re-

pourquoi il convient de voir dans la sanction un instrument d'efficacité et non un critère de définition de la norme.

3° *Un instrument efficace en pratique*

204. Tout en admettant certains postulats du positivisme, nombreux sont les auteurs qui rejettent l'analyse de la sanction comme critère de la norme. Michel Virally conteste ainsi « l'affirmation selon laquelle la prévision d'une sanction serait le critère de l'obligation juridique »²⁰⁸. Plus généralement, cette conception normative a prospéré dans la doctrine internationaliste en raison de la structure du droit international public. La reconnaissance même de l'existence de ce dernier était suspendue à la dissociation préalable entre le droit et toute idée de coercition socialement organisée²⁰⁹. Dans une approche plus pragmatique, la sanction doit être perçue comme un instrument d'efficacité. Elle a vocation à assurer l'exécution des normes et à permettre la réparation lorsque celles-ci sont méconnues.

205. D'une part, permettre la sanction d'un comportement ne correspondant pas à la règle posée préserve l'efficacité de la norme. Comme le souligne Claude du Pasquier, « le but de la sanction est [...] d'exercer une pression sur les justiciables pour qu'ils obéissent au droit »²¹⁰. Que resterait-il en effet d'une règle dont il serait possible de s'affranchir sans risquer aucune sanction ? Mais, la plupart du temps, les individus respectent la règle parce qu'ils ont conscience de son caractère impératif. Cela suffit, il n'est pas besoin que la règle soit obligatoirement assortie d'une sanction pour être impérative. Elle n'est pas impérative parce qu'elle peut faire l'objet d'une sanction. Dans une conception stricte, elle peut être sanctionnée eu égard à sa nature impérative et au fait que l'on souhaite y attacher des garanties.

Dans le même ordre d'idées, Jean Rivero s'est demandé « si la contribution la plus efficace que la sanction puisse apporter à la mise en conformité du réel avec la règle ne tient pas moins à son prononcé qu'à sa seule existence et à son effet dissua-

fuser de voir qu'une tension existe, qui pousse tout sujet, désirant et « pulsionnant », à s'affranchir de la règle, à se libérer des chaînes qui entravent sa liberté ».

²⁰⁸ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 68.

²⁰⁹ V. not., J.J.A. SALMON, « La règle de droit en droit international public », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, pp. 207-213 : « l'existence d'un droit n'est en effet pas nécessairement liée à une sanction imposée par un super État. La crainte de la sanction est certes un élément qui peut jouer un rôle mais il n'est pas essentiel à la définition du droit » (p. 208)

²¹⁰ Cl. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 1937, p. 108.

sif »²¹¹. Après avoir considéré que l'effet dissuasif ne relevait pas de « l'utopie »²¹², il en relativise néanmoins la portée dans une approche réaliste du droit²¹³. En tout état de cause, la sanction constitue une dissuasion qui favorise l'exécution de la règle. Il faut ajouter à cela la sanction juridictionnelle qui est parfois envisagée comme « le secret de l'efficacité de la règle de droit »²¹⁴.

206. D'autre part, la sanction est une norme permettant d'assurer la protection juridique des parties à un contrat. Elle fournit un moyen de réparation d'un préjudice, par une compensation pécuniaire ou bien l'exécution des prestations. Une fois constaté le manquement à une obligation, et donc l'échec de l'effet dissuasif, la mise en œuvre de la sanction révèle son effet réparateur. Cette approche se retrouve dans les ouvrages de droit positif. Par exemple, la diversité des sanctions pouvant être prononcées fait l'objet de développements au titre de la garantie de l'exécution des clauses conventionnelles²¹⁵. Cela illustre bien le second effet attaché à l'utilisation de la sanction. Adaptée à chaque situation, elle participe à la sécurité juridique des relations conventionnelles.

207. Ainsi, les précautions prises par le rapport du Conseil d'État s'agissant des liens entre le contrat et la sanction peuvent étonner. Les auteurs y estiment qu'un « “contrat” administratif n'aurait pas toujours besoin de sanction juridique pour produire des effets »²¹⁶. Cela renvoie à l'effectivité de l'acte²¹⁷. La sanction se situe à un autre niveau, celui de l'efficacité. Dès lors que l'acte conventionnel est valablement conclu, suivant les modalités prévues, et que l'ordre juridique lui reconnaît une force obligatoire, ses stipulations déploient des effets en droit. L'acte conventionnel ne requiert pas la sanction pour être effectif en théorie, il nécessite la sanction pour être efficace en pratique. En conséquence, « mieux vaut s'en tenir à une représentation simple de la réalité juridique, où la norme simplement édictée pos-

²¹¹ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 676.

²¹² *Ibid.*, p. 676.

²¹³ *Ibid.*, pp. 680-685.

²¹⁴ J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 467.

²¹⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 269-273.

²¹⁶ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 105.

²¹⁷ V. pour une approche sociologique de la question, J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 136.

sède déjà tous les attributs du Droit et où elle n'a même pas besoin qu'une menace de sanction précise vienne appuyer ce caractère »²¹⁸.

Il faut ajouter enfin que la place réservée à la sanction dans les contrats administratifs n'altère pas l'idée que la sanction constitue un corollaire de l'impérativité. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* ont justement mis en exergue l'immanence de la sanction pour les actes conventionnels administratifs²¹⁹. Cela n'implique pas qu'il s'agirait d'un critère de la stipulation contractuelle. La sanction se justifie par des impératifs d'utilité publique qui régissent l'exécution de l'acte. Ainsi, son existence, même dans le silence des clauses, ne doit pas être comprise comme une exigence théorique. Ce n'est pas la signification normative de la stipulation qui l'impose mais la satisfaction de motifs d'intérêt général. Il s'agit donc d'une exigence pratique dont dépend l'efficacité de la règle conclue. L'erreur qui consiste à caractériser la norme conventionnelle par la sanction est d'ailleurs corroborée par la possibilité de sanctionner des stipulations directives.

b) Un accessoire de la stipulation directive

208. Pour s'assurer de la disjonction entre l'impératif et la sanction, il importe de relever l'existence de stipulations non impératives auxquelles on attache pourtant une sanction. Comme le souligne M. Auby, « Les normes planificatrices, les documents programmatoires, en dépit du caractère également peu précis et peu contraignant, en général, de leur contenu, trouvent parfois, eux aussi, le chemin de leur sanction »²²⁰. Tout en reconnaissant la complexité de cette question²²¹, d'autres auteurs semblent admettre la possibilité d'attacher une sanction à une stipulation directive²²².

209. Tout d'abord, une partie qui déroge à une stipulation directive, ou tarde à la suivre, peut subir une sanction politique ou morale²²³. À cet égard, le rapport public du Conseil d'État pour 2008 relève que l'une « des originalités du contrat administratif tient en partie, au moins pour les « faux contrats » mais pas seulement pour

²¹⁸ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 72.

²¹⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 2, p. 102 et s.

²²⁰ J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 679.

²²¹ Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 547.

²²² D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2009, p. 292.

²²³ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 103 et s.

eux, à cette capacité que démontre l'administration d'élaborer des mécanismes particuliers pour faire produire un effet à ses engagements »²²⁴. Cette première conséquence est importante en pratique. Au niveau local, il peut arriver que des conventions d'administration soient signées par des autorités élues et qu'elles ne fassent pas l'objet d'une exécution. En fonction de l'importance du projet non réalisé, les électeurs pourront fort bien en tenir compte lors de futures élections. Cette sanction s'exerce cependant en dehors des institutions juridiques. Cela justifie qu'elle soit simplement évoquée ici. En d'autres termes, il ne s'agit pas de moyens coercitifs organisés par l'ordre juridique.

210. Ensuite, M. Terneyre affirme que certaines stipulations des contrats de plan sont susceptibles d'être sanctionnées²²⁵. Il subordonne toutefois cette possibilité à l'existence de véritables obligations. Cette condition peut paraître superflue. Il est certain que le caractère impératif d'une stipulation justifierait une sanction à l'encontre de la partie qui ne la respecterait pas. Mais cela doit-il impliquer que des stipulations directives ne puissent pas faire l'objet d'une sanction ? On peut en douter, tout en reconnaissant que les sanctions applicables ne sauraient être les mêmes dans les deux hypothèses. En somme, refuser aux parties ayant passé une convention d'administration de faire sanctionner certains manquements supposerait d'exclure ces actes de l'ordonnement juridique. Comme l'écrit M. Ghestin, « de nombreux accords se situent ainsi en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique »²²⁶. À l'aune des effets juridiques provenant des conventions d'administration²²⁷, cette réserve doit être écartée.

211. Enfin, deux motifs incitent à permettre des sanctions adaptées aux stipulations directives. D'une part, la force obligatoire attachée par l'ordre juridique à un acte conventionnel régulièrement conclu implique le respect de ses clauses. Cette observation suggère de sanctionner certains manquements. D'autre part, l'intérêt général qui justifie le pouvoir de sanction reconnu à l'administration pour l'exécution de ses contrats doit jouer pour l'ensemble de ses conventions. Peu importe l'acte considéré, la finalité poursuivie par les personnes publiques impose d'en assurer le respect. Cependant, il convient de noter que cette possibilité devrait être

²²⁴ *Ibid.*, p. 105.

²²⁵ Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 451.

²²⁶ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 18.

²²⁷ V. *infra*, n° 517 et s.

soumise à une double condition. La première condition porterait sur les situations pouvant être sanctionnées. La seconde serait relative aux sanctions applicables. Tenant compte de la nature directive des stipulations, il serait inenvisageable de transposer le régime des contrats administratifs. Les parties souhaitant établir un lien juridique plus souple que le lien obligatoire, l'application de règles strictes semblerait inadéquate. Mais ce constat ne doit pas exclure d'autres possibilités de sanction juridique.

212. Conclusion de section. L'existence d'une sanction n'est pas un indicateur fiable du caractère impératif d'une clause, et donc de la nature contractuelle d'un acte. De même que la force obligatoire, il ne s'agit que d'un corollaire de la stipulation contractuelle. L'identification de cette dernière résulte exclusivement du caractère impératif d'un énoncé. Cette conclusion paraît simple mais n'est pas dépourvue de complexité. Sa simplicité réside dans la définition de la stipulation contractuelle par un critère matériel unique. Dès lors que l'*instrumentum* présente les caractères d'un acte conventionnel, il faut déduire de l'impérativité de ses clauses la qualification contractuelle. La complexité de la conclusion retenue provient de la difficulté pour interpréter un énoncé et juger de son caractère impératif. Quoi qu'il en soit, l'observation des pratiques conventionnelles commande la consécration d'une distinction au sein des actes conventionnels. Souhaitée par le Conseil État²²⁸, elle devrait se fonder sur un critère matériel en s'inspirant de la classification des actes unilatéraux. De la sorte, la systématisation des actes trouverait une plus grande cohérence et donnerait lieu à des applications moins délicates.

Section 2 : Une distinction forgée par plusieurs entités

213. La distinction matérielle suppose de reconnaître aux parties la possibilité de déterminer si elles souhaitent conclure un contrat ou une convention d'administration. En principe, il leur appartient de prévoir des stipulations impératives ou directives. Autrement dit, « la balle est [...] dans le camp des signataires. À eux de faire en sorte que l'accord ne soit pas composé que d'un catalogue de bonnes

²²⁸ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, spéc. pp. 251-252. Pour l'heure, les membres du Conseil d'État proposent une solution encore volontairement floue : « sa proposition consiste à réserver le terme de contrat aux actes multilatéraux qui répondent aux critères du contrat administratif et à réserver celui de convention à tous les autres, en précisant peu à peu leurs caractéristiques et leur régime juridique » (p. 252).

intentions »²²⁹. La volonté des parties paraît ainsi fondatrice et à l'origine de la teneur des clauses conventionnelles.

Trop libérale, cette observation néglige cependant l'importance pratique des prescriptions légales. Malgré une controverse s'agissant des contrats administratifs, il devrait revenir, en théorie, au législateur d'organiser les relations conventionnelles. Cette compétence lui permet d'inférer sur la production contractuelle. En ce sens, M. Terneyre affirme que « l'espace juridique contractuel reste quand même potentiellement et largement déterminé par la loi »²³⁰. Aussi arrive-t-il que les textes dictent une grande part des clauses. Cette intervention n'est pas sans soulever des difficultés. L'examen de certaines conventions révèle ainsi combien la loi a contribué au désordre qui affecte la notion de contrat²³¹. Les contrats de plan illustrent également les conséquences regrettables pouvant résulter d'une disposition légale ambiguë. En outre, la présentation de l'acte conventionnel comme déterminé par les parties omet le rôle du juge. Son intervention est certes conditionnée par une saisine. Mais le juge dispose de pouvoirs de qualification étendus. À cet égard, il lui est possible d'attacher aux clauses des significations différentes de celles retenues des parties. Il ne s'agit pas ici de discuter de l'interprétation nécessaire pour conférer un sens à une stipulation conventionnelle²³². Il convient seulement d'insister sur le rôle dévolu à chacun des acteurs dans la mesure où ces derniers contribuent à forger la distinction entre les conventions d'administration et les contrats. Dans cette perspective, plusieurs confusions législatives ont pu influencer sur l'attitude du juge et de la doctrine (Sous-section 1). Malgré tout, la détermination des clauses reste principalement confiée aux parties (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'influence confuse du législateur

214. Les rapports entre la loi et le contrat public soulèvent de redoutables interrogations. Celles-ci expliquent d'ailleurs l'intérêt grandissant de la doctrine²³³. Au

²²⁹ J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 576.

²³⁰ Ph. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1450.

²³¹ V. pour une perception globale de la frénésie textuelle qui affecte les contrats publics, P. DELVOLVÉ, « Les contrats publics dans le désordre », *RDCO*, 2006, p. 951 et s.

²³² Cela vaut pour les propositions juridiques quelle que soit la nature de l'acte. On peut fort bien appliquer ici les enseignements généraux sur la norme : É. MILLARD, « Qu'est-ce que la norme juridique ? », in J. Chevalier (dir.), *La normativité. Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (n° 21), p. 59 ; G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.*, 1988, Chron., p. 267.

sujet des relations administratives, l'intervention même du législateur semble parfois suspecte. Concernant la qualification des conventions, deux confusions principales demeurent. La première est très classique et porte sur la compétence du législateur. Il résulte en effet de la rédaction de l'article 34 de la Constitution une incertitude relative à la compétence du législateur pour intervenir en matière d'obligations administratives. Or la consécration de celle-ci est un préalable nécessaire, pour cette étude (§1). Plus spécifique, la seconde confusion ressort de l'intervention du législateur au sujet de la qualification des contrats de plan, devenus aujourd'hui contrats de projets (§2).

§1. Les confusions sur la compétence législative

215. La distinction entre les contrats comportant de véritables obligations et les simples conventions d'administration ne se borne pas à une pure division théorique. Elle emporte au contraire d'importantes conséquences pratiques. En témoigne l'identification de l'autorité compétente pour déterminer le régime applicable aux actes conventionnels. Particulièrement débattue, la compétence réglementaire en matière de contrats administratifs oppose une partie majoritaire de la doctrine à la jurisprudence. Or on observe que la contestation provient essentiellement d'une divergence d'interprétation relative à la notion d'obligations civiles et commerciales. Cela conduit à exclure, en tout état de cause, les conventions d'administration de cette controverse puisqu'elles ne contiennent, par définition, aucune obligation. Mais la compétence législative présente un intérêt dans la mesure où la loi est déjà intervenue au sujet des conventions d'administration. Si une clarification est souhaitable s'agissant de la compétence du législateur en matière contractuelle (a), elle ne devrait pas affecter l'incompétence du législateur s'agissant des conventions d'administration (b).

a) Une compétence souhaitable au sujet des contrats administratifs

216. Depuis une décennie, une opposition s'est cristallisée concernant la compétence du législateur en matière de contrat administratif. La discussion se foca-

²³³ V. not., P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469 ; Y. GAUDEMET (dir.), « La loi et le contrat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 75 et s. ; Ph. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoren*, Dalloz, 2007, p. 1435. Plus généralement, plusieurs contributions regroupées dans la rubrique « débat » de la *Revue des contrats*, Y. GAUDEMET (dir.), « Les contrats administratifs : état des lieux », *RDCO*, 2006, p. 949 et s.

lise sur les dispositions de l'article 34 de la Constitution, qui ne fait mention que des « obligations civiles et commerciales ». Pour certains, et c'est la position retenue par le Conseil constitutionnel²³⁴ et le Conseil d'État²³⁵, cette disposition chasse logiquement les contrats administratifs de la compétence législative. M. Piveteau ne manifeste ainsi aucune hésitation concernant les marchés publics. Selon lui, « on ne voit pas très bien [...] dans quelle rubrique de l'article 34 pourrait venir se ranger le Code des marchés publics »²³⁶. Inversement, de nombreux auteurs considèrent, avec de solides arguments à l'appui de leur thèse, que ces jurisprudences procèdent d'une lecture erronée du texte constitutionnel²³⁷. Bien que fidèle aux origines du contrat administratif²³⁸, l'état du droit n'est pas satisfaisant sur ce point. Il est utile d'avancer les motifs qui devraient décider les juges à réévaluer leur position. Cependant, parmi les auteurs favorables à la compétence législative, des divergences existent. Il faut espérer que cela n'affaiblisse pas la pertinence de ce mouvement doctrinal.

217. Premièrement, les travaux préparatoires de la Constitution révèlent une évolution notable. En effet, l'article 31 de l'avant-projet de Constitution des 26-29 juillet 1958 prévoyait la compétence de la loi pour les questions relatives « au droit des obligations »²³⁹. Suite à l'examen du texte par le Comité consultatif constitutionnel, il ne résultait aucune modification de cette mention. Durant l'une des séances, une référence aux obligations définies par le Code civil a certes été évoquée. Mais cela n'écartait pas explicitement les obligations administratives²⁴⁰. La version pro-

²³⁴ CC, 22 août 2002, n° 2002-460 DC, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, *Rec.*, p. 198 : « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exigent que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'État soient définies par la loi ».

²³⁵ CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, *Rec.*, p. 89 : « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'État soient définies par la loi ».

²³⁶ D. PIVETEAU, concl. sur l'arrêt CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, *Rec.*, p. 93.

²³⁷ V. not., P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469 ; P. DELVOLVÉ, « Les contrats publics dans le désordre », *RDCO*, 2006, spéc. p. 965 ; Y. GAUDEMET, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 91 et s. ; Ph. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1435.

²³⁸ Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, pp. 317-318.

²³⁹ Art. 31 de l'avant-projet de Constitution des 26-29 juillet 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, p. 27. Un amendement présenté par Marcel Waline, et adopté par le Comité le 7 août, n'a rien changé à cette référence (p. 234).

mulguée, qui mentionne les « obligations civiles et commerciales », provient du passage devant la Commission constitutionnelle instituée au Conseil d'État.

Seulement, la lecture des débats ne renseigne qu'assez peu sur les raisons de cette rédaction. Il semble que le rapporteur avait l'intention de s'inspirer de la présentation du Code civil²⁴¹. D'ailleurs, lorsque cette formule est apparue, elle était associée à des matières faisant référence aux régimes applicables aux personnes privées : « à la nationalité, à l'état et à la capacité des personnes, à la propriété et aux droits réels [...] aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités »²⁴². La réserve législative devrait ainsi être interprétée comme la volonté de garantir par la loi les droits et obligations privés. Toutefois, les travaux n'excluent jamais, de façon explicite, les obligations administratives de la compétence législative²⁴³.

Pour l'interprétation de ce texte, il faut prendre en considération tant le contexte de l'adoption de l'article 34, que sa teneur précise. D'une part, l'intervention de M. Janot, lors des débats de l'Assemblée générale du Conseil d'État, rappelle la nécessité de perfectionner l'efficacité de l'État, qui impliquait une plus grande liberté du pouvoir exécutif²⁴⁴. En dépit de son caractère résiduel, les rédacteurs envisageaient donc un domaine de compétence réglementaire suffisamment substantiel pour satisfaire cet objectif. D'autre part, l'énumération limitative de l'article 34 conduit à privilégier une interprétation stricte du texte. Au surplus, les discussions suggèrent la désapprobation des rédacteurs concernant la possibilité d'ajouter de nouvelles matières par une interprétation extensive²⁴⁵. Car une énumération non limita-

²⁴⁰ Débats sur l'art. 31 de l'avant-projet de Constitution des 26-29 juillet 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française, 1988, pp. 260-264. V. une appréciation différente, D. TURPIN, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, p. 73.

²⁴¹ V. les discussions sur le projet de Constitution préparé par le rapporteur en vue de la commission spéciale des 25-26 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La documentation française, 1991, pp. 117-119. V. spécialement l'intervention du rapporteur : « le projet que nous vous soumettons semble recouvrir à peu près toute la matière du droit civil et toute la partie du droit commercial qu'il semble opportun de réserver à la loi » (p. 117).

²⁴² Art. 31 du projet de Constitution préparé par le rapporteur en vue de la commission spéciale des 25-26 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La documentation française, 1991, p. 96.

²⁴³ V. en ce sens, Y. GAUDEMET, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 94.

²⁴⁴ Intervention de M. Raymond Janot lors des séances de l'Assemblée générale du Conseil d'État des 27 et 28 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La documentation française, 1991, p. 401 et s.

²⁴⁵ Séances de l'Assemblée générale du Conseil d'État des 27 et 28 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La documentation française, 1991, pp. 439-448.

tive aurait autorisé le Parlement à s'emparer de nombreux domaines. Or il s'agit d'une hypothèse que cet article visait précisément à éviter. L'approche historique dissuade ainsi d'inclure les obligations administratives dans le domaine réservé de la loi²⁴⁶.

218. Deuxièmement, beaucoup d'auteurs observent que la notion d'obligation civile ne doit pas être opposée à celle d'obligation administrative. Pour M. Luchaire, l'obligation civile vise « *le lien juridique astreignant une personne à fournir à une autre personne une prestation susceptible d'être évaluée en argent* »²⁴⁷. D'un point de vue théorique, peu importe son genre, l'obligation semble revêtir la même signification en droit civil ou en droit administratif. Il arrive que la distinction soit située, en revanche, entre les obligations juridiques et les obligations naturelles. S'appuyant sur les travaux de Pothier, un auteur développe une argumentation en ce sens²⁴⁸. Toutefois, cette appréciation ne semble pas confirmée par la littérature de droit privé. Malgré l'absence de sanction juridique, les obligations naturelles sont habituellement classées parmi les obligations juridiques²⁴⁹. Cette spécificité n'affecte pas, dès lors, l'unité au sein des obligations juridiques qu'elles soient de droit privé ou administratif.

La jurisprudence conduit pourtant à nier cette profonde identité entre les obligations. Une telle approche est contestable. Elle implique de conférer aux personnes créancières d'obligations administratives, qui peuvent d'ailleurs être des personnes privées, une moindre garantie normative que celle reconnue aux obligations privées. Or, s'il est vrai que le « Code des marchés publics est en définitive, pour l'essentiel, un code de procédure administrative »²⁵⁰, cela n'occulte pas le fait qu'il porte sur la création d'obligations juridiques. Par ailleurs, le maintien de cette jurisprudence comporte un risque pour la compétence du législateur²⁵¹. Car la loi pourrait transférer ses compétences au pouvoir réglementaire, en décidant du caractère administratif de certains contrats, sans encourir une sanction pour incompétence négative.

²⁴⁶ V. en ce sens bien que plus catégoriques, les développements réservés à cette question, P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 76, 2008, pp. 224-227.

²⁴⁷ F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTDcin.*, 1982, p. 323 (souligné dans le texte).

²⁴⁸ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 76, 2008, pp. 224-227.

²⁴⁹ V ; not., J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 26.

²⁵⁰ D. PIVETEAU, concl. sur l'arrêt CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, Rec.*, p. 93.

²⁵¹ Ph. TERNEYRE, « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1440.

219. Troisièmement, l'actuelle jurisprudence présente plusieurs asymétries théoriques. Tel est le cas entre les obligations administratives contractuelles et les obligations administratives quasi-contractuelles. Comme le souligne M. Terneyre, le juge constitutionnel classe les secondes parmi les obligations dont le législateur détermine les principes fondamentaux²⁵². De sorte que, selon leur source, les obligations administratives relèvent ou non de l'article 34 de la Constitution. Cette situation est contestable et repose sur de faibles motifs.

Sur un autre plan, il existe une incohérence entre les obligations administratives contractées par l'État et celles conclues par les collectivités territoriales. Une lecture combinée des articles 34 et 72 de la Constitution permet au Conseil d'État de dissocier ces deux situations²⁵³. Ces dispositions réservent, en effet, au législateur la compétence pour déterminer les principes fondamentaux relatifs à la libre administration des collectivités territoriales. Or relève de ces principes la liberté laissée aux collectivités de passer des marchés publics. Par conséquent, la compétence législative est une nouvelle fois partielle. Elle peut se déclencher en fonction des personnes publiques signataires. Dès lors, la compétence portant sur les obligations administratives relève du pouvoir législatif ou réglementaire suivant la qualité des parties.

Enfin, la diversité des contrats publics révèle une dernière asymétrie juridique. L'actuelle jurisprudence conduit, en fait, à mieux préserver les contrats privés conclus par l'État que ses contrats administratifs. Cette appréciation se justifie par un argument tenant à la hiérarchie des normes. Dans un cas, la loi fixe les garanties bénéficiant à la personne publique. Dans l'autre, il revient principalement au pouvoir réglementaire d'élaborer les règles auxquelles les obligations administratives seront soumises. Or, malgré l'affaiblissement de la norme législative, elle semble moins exposée à des modifications intempestives. On peut gager que la loi constitue un facteur d'une meilleure stabilité juridique. En atteste l'élaboration de trois Codes des marchés publics en quelques années par le pouvoir réglementaire²⁵⁴. En raison de son autorité juridique, mais peut-être aussi de son mécanisme d'élaboration, la loi est moins soumise à de telles fluctuations, regrettables pour la sécurité des relations

²⁵²*Ibid.*, p. 1439.

²⁵³ V. en ce sens, la jurisprudence fondatrice se fondant seulement sur l'art. 34 de la Constitution, CE Ass., 29 avr. 1981, *Ordre des architectes*, Rec., p. 197. V. égal., CE, 13 janv. 1995, *Société Baudin Chateauneuf*, Rec., p. 21.

²⁵⁴ V. pour un rappel synthétique, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 357 et s. (spéc. pp. 367-372) ; V. part., S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, éditions du Moniteur, 3^{ème} éd., 2009.

contractuelles. À cette idée, il aurait été possible de formuler une critique tenant au contrôle des normes législatives. Toutefois, le perfectionnement du contrôle de constitutionnalité offre aujourd'hui des garanties plus satisfaisantes qu'auparavant. Ainsi, la reconnaissance de la compétence législative ne présenterait vraisemblablement aucun péril.

220. Pour ces motifs, le juge devrait unifier la compétence législative concernant les obligations administratives. La doctrine sollicite majoritairement cette évolution. Des divergences demeurent toutefois sur les motifs. S'appuyant sur les travaux de Pothier, M. Gahdoun critique ainsi la motivation proposée par M. Gaudemet²⁵⁵. Il estime que les obligations civiles s'analysent en des obligations juridiques, et qu'à ce titre les obligations civiles et administratives sont assimilables. Cette lecture est convaincante et permet une unification de la compétence législative pour l'ensemble des obligations juridiques. Cependant, elle ne correspond pas à la rédaction de l'article 34 de la Constitution : s'il faut lire « obligation juridique » à la place d'« obligation civile », qu'en est-il alors de l'« obligation commerciale » ? Serait-elle d'une nature différente ? Dans la négative, pour quelle raison les constituants auraient-ils souhaité faire cette précision ? Envisagée sous cet angle, la formule de cette disposition devient tautologique puisqu'elle revient à répéter la référence aux obligations juridiques. Alors, il convient d'admettre que si les constituants visaient bien toutes les obligations juridiques, ce que dément l'approche historique²⁵⁶, ils ont souhaité limiter les matières sur lesquelles elles portent. En tout état de cause, faute d'une modification constitutionnelle, qui aurait pu avoir lieu lors de la révision du 23 juillet 2008, les juges constitutionnel et administratif pourraient reconsidérer leurs jurisprudences.

b) Une incompétence logique au sujet des conventions d'administration

221. Le phénomène de contractualisation emporte peu de conséquences sur la répartition constitutionnelle des compétences. En effet, les difficultés rencontrées reposent sur la constitution d'obligations juridiques. Or, le plus souvent, ces der-

²⁵⁵ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 76, 2008, p. 224 : « Le Professeur Gaudemet a raison lorsqu'il dit que les obligations administratives font partie des obligations civiles, mais l'explication n'est pas que les obligations civiles sont des obligations « évaluables en argent » et que les obligations administratives le sont aussi, l'explication est simplement que les obligations civiles sont des obligations « juridiques » et que les obligations administratives le sont aussi ».

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 227.

nières sont absentes dans le cadre des actions contractualisées. Leurs stipulations recouvrent fréquemment une nature déclaratoire ou directive. Cela conduit logiquement à écarter les conventions d'administration de la compétence législative. En tout état de cause, l'inexistence d'obligation contractuelle justifie que le législateur ne soit pas habilité, sur cette base, à intervenir dans ce domaine. Et c'est pourquoi la contractualisation n'est pas susceptible de contribuer à un éventuel revirement jurisprudentiel²⁵⁷. Affirmer que les « obligations civiles » sont toutes les obligations juridiques, y compris administratives, est une chose. Soutenir que toutes les stipulations conventionnelles constituent des obligations en est une autre. Il est en revanche certain que la distinction entre les contrats et les conventions d'administration trouverait ici une justification supplémentaire. Elle permettrait, le cas échéant, de fonder une délimitation s'agissant de la compétence législative pour les actes conventionnels de l'administration.

222. D'une part, cette observation pourrait être nuancée au regard de la jurisprudence administrative. Le juge réserve, cela a été rappelé, un sort particulier aux contrats conclus par les collectivités territoriales. En vertu du principe de libre administration, mentionné aux articles 34 et 72 de la Constitution, il admet la compétence législative car ce principe implique la possibilité d'administrer par contrat²⁵⁸. Or le recours à la contractualisation révèle souvent, elle-aussi, pour les collectivités territoriales une expression de la libre administration. Il s'agit d'une modalité d'action censée perfectionner l'administration au niveau local. À cet égard, la jurisprudence pourrait fort bien estimer que la libre administration englobe toutes les méthodes d'administration conventionnelle et, par conséquent, reconnaître la compétence législative en ce domaine²⁵⁹. Une telle interprétation ne vaudrait, en tout état de cause, que pour les actes conclus par les collectivités territoriales. Mais surtout, elle paraît fort peu probable en raison de la faible teneur des conventions d'administration.

223. D'autre part, l'incompétence du législateur n'est pas corroborée par le droit positif. Un recensement des pratiques montre en effet la diversité des textes qui instituent des conventions d'administration. Il existe de nombreuses façons

²⁵⁷ V. *contra, ibid.*, p. 227.

²⁵⁸ CE Ass., 29 avr. 1981, *Ordre des architectes*, *Rec.*, p. 197. V. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 359-360.

²⁵⁹ Cela vaut en d'autres circonstances, v. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, *Chronique générale de jurisprudence administrative française sous l'arrêt CE, 18 juill. 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, AJDA*, 2008, pp. 1814-1815.

d'instaurer de tels actes. De sorte que l'état du droit ne permet pas de procéder à une systématisation théorique en suivant une méthode inductive. Cela révèle plutôt un nouvel aspect du désordre normatif²⁶⁰. Ainsi arrive-t-il que la loi prévoie la conclusion de conventions, dont les modalités de passation et d'exécution sont précisées par des règlements ou des circulaires. En témoignent les contrats urbains de cohésion sociale, établis à partir de la loi d'orientation du 1^{er} août 2003²⁶¹, les contrats d'agglomération²⁶², les contrats d'objectifs territorialisés²⁶³ ou encore les contrats de pays²⁶⁴. Plus rare est l'hypothèse dans laquelle une habilitation à convenir émane du pouvoir exécutif. Tel est néanmoins le cas des contrats de projets, qui se sont substitués aux contrats de plan prévus par la loi, dont le mécanisme est précisé dans une circulaire du 6 mars 2006²⁶⁵. De façon plus étonnante, de simples circulaires peuvent, elles-aussi, permettre la conclusion de conventions d'administration. Ce fut le cas des contrats locaux de sécurité²⁶⁶, de certains contrats de programmes²⁶⁷, des contrats de ville moyenne²⁶⁸ ou encore des contrats « enfance et jeunesse »²⁶⁹. Enfin, il ne faut pas négliger le très grand nombre de conventions d'administration conclues sans texte, c'est-à-dire de manière spontanée. Pour celles-ci, l'investigation est rendue difficile car ces pratiques sont peu visibles. Mais on peut supposer qu'elles constituent une part importante de l'action conventionnelle en droit administratif. En tous les cas, il n'est guère possible d'induire des pratiques une

²⁶⁰ V. pour les actes contractuels, P. DELVOLVÉ, « Les contrats publics dans le désordre », *RDCO*, 2006, p. 951 et s.

²⁶¹ Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, *JORF*, 2 août 2003, p. 13281.

²⁶² Loi n° 99-503 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999, p. 9515.

²⁶³ Loi n° 2007-209 du 19 févr. 2007 relative à la fonction publique territoriale, *JORF*, 21 févr. 2007, p. 3041.

²⁶⁴ Art. 95 de la Loi n° 2003-590 du 2 juill. 2003 urbanisme et habitat, *JORF*, 3 juill. 2003, p. 11176.

²⁶⁵ V. à ce sujet le dossier du Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires du 6 mars 2006. Cette pratique n'est pas sans soulever des difficultés juridiques, les dispositions de la loi du 29 juillet 1982 concernant les contrats de plan étant encore en vigueur.

²⁶⁶ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757 ; circulaire du 7 juin 1999 relative aux contrats locaux de sécurité, *JORF*, 15 juin 1999, p. 8719.

²⁶⁷ V. not., la circulaire du 26 juill. 1989 relative au contrat de programmes locaux de sécurité routière entre l'État et les collectivités locales, *JORF*, 23 sept. 1989, p. 12028.

²⁶⁸ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 558.

²⁶⁹ Circulaire du 1^{er} juill. 2006 de la Caisse nationale d'allocations familiales, *La Gazette des communes*, 3 sept. 2007, p. 22.

consécration implicite de la compétence du législateur s'agissant des conventions d'administration.

224. Au sujet de la répartition constitutionnelle des compétences, la distinction proposée entre les stipulations obligatoires et directives trouve une application intéressante. Elle permet de délimiter avec plus de cohérence le domaine de la loi. En y intégrant les obligations administratives, il faudrait parallèlement exclure de la compétence législative les conventions d'administration. Parce que leurs stipulations sont peu contraignantes, ces actes ne paraissent pas répondre, en effet, aux conditions posées par les dispositions constitutionnelles et requièrent une moindre garantie juridique. Cela étant, il est vrai que la compétence du législateur pourrait être justifiée par une autre attribution de l'article 34. Songeons notamment à la libre administration des collectivités territoriales. Les solutions possibles sur le terrain des obligations administratives ne règlent ainsi pas toutes les difficultés. Or la question de l'habilitation du législateur est capitale eu égard aux confusions nées des interventions législatives à propos de certaines conventions d'administration.

§2. Les confusions de l'intervention législative

225. Il arrive au législateur d'intervenir pour consacrer, de manière anticipée²⁷⁰, la nature contractuelle des clauses d'un acte conventionnel. Par une formule énigmatique, l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit ainsi que les contrats de plan « sont *réputés* ne contenir que des clauses contractuelles »²⁷¹. Cette expression, reprise dans un autre texte²⁷², a engendré une confusion dont rend compte aujourd'hui la jurisprudence administrative. Certes, l'intention du législateur était légitime et reposait sur de solides motifs. Le résultat auquel la loi est parvenue incite toutefois à une remise en cause de la technique de la « réputation contractuelle » (a). Cela passe par une analyse matérielle des conventions concernées (b).

a) L'ambiguë technique des clauses réputées contractuelles

226. À deux reprises, le législateur a utilisé une technique de qualification surprenante au sujet des clauses de certaines conventions publiques. Pour résoudre

²⁷⁰ V. not., Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 263, 2009, pp. 287-288.

²⁷¹ Art. 12 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441 (nous soulignons).

²⁷² Art. 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

d'éventuelles difficultés d'interprétation, il a énoncé que les contrats de plan « sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles ». Cette précision de la loi a, contrairement à l'intention du législateur, introduit une double ambiguïté. Elle provient tant de la terminologie utilisée que de la volonté du législateur d'opérer une qualification *a priori*²⁷³.

227. Inhabituelle en droit administratif, l'utilisation du verbe *réputer* incite à la rapprocher de l'emploi d'une notion plus familière : la présomption. Intuitivement, il semble même que cette technique de qualification soit voisine de la présomption irréfragable. Elle suggère en effet que les parties, comme le juge, sont contraints de retenir la nature contractuelle des clauses. Non seulement la qualification de l'acte est acquise de façon implicite mais, en plus, elle ne saurait être renversée. Peu importe que des éléments matériels laissent à penser que les clauses recouvriraient une autre nature. Il ne s'agirait pas d'une présomption simple qui pourrait, le cas échéant, être contestée en apportant des indices contraires. Ainsi les dispositions légales sont-elles particulièrement contraignantes pour les parties et le juge administratif. Une première ambiguïté, tenant à la terminologie employée, pourrait donc être assez facilement écartée. Mais une difficulté générale liée à la qualification par anticipation demeure. Celle-ci a durablement troublé le travail jurisprudentiel et les tentatives de systématisation doctrinale.

De toute évidence, l'intervention législative consiste bien à anticiper la qualification jurisprudentielle²⁷⁴. La loi tient pour établi que les stipulations des conventions visées seront nécessairement de nature contractuelle. C'est une façon de garantir la sécurité des rapports conventionnels. Mais la qualification *a priori* peut être une source de confusions entre l'intention du législateur et celle des parties. D'ailleurs, les précautions de formulation prises par la loi sont significatives, de même que l'est l'attitude dubitative du juge administratif. Celle-ci ressort d'un jugement du Tribunal administratif de Montpellier selon lequel : « à supposer que le document intitulé « contrat de plan entre l'Etat et la région Languedoc-Roussillon 1984-1988 », constitue un véritable contrat

²⁷³ Cela peut être rapproché des travaux de Jean-Marie Auby. Peu avant l'adoption de la loi du 29 juillet 1982, il a rappelé, avec raison et une certaine prémonition, que « la détermination peut résulter d'abord de la volonté du législateur qui, maître des qualifications juridiques, peut imprimer obligatoirement à un contrat le caractère administratif. Le principe n'appelle pas d'objections, mais il faut relever que les manifestations de cette volonté sont le plus souvent empreintes d'ambiguïté », v. J.-M. AUBY, « Le contrat administratif en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 502.

²⁷⁴ V. not., S. DAËL, concl. sur l'arrêt CE Ass., 8 janv. 1988, *Min. chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, RFD A, 1988, p. 25.

engageant les parties signataires »²⁷⁵, un tiers n'est pas recevable à en demander l'annulation devant le juge du contrat. Dès les premières applications des dispositions de la loi, le juge a ainsi manifesté une attitude dubitative. Le décalage qui peut exister entre les dispositions légales et les stipulations conventionnelles justifie sans doute l'utilisation de la technique de la *réputation* contractuelle. Ce faisant, le législateur manifeste ses incertitudes concernant la future pratique des parties. Cette prudence n'empêche pas la loi de déployer d'importants effets sur la qualification jurisprudentielle des contrats de plan. En définitive, le juge ne pouvait guère retenir une interprétation différente de celle *suggérée* par la loi. C'est-à-dire de toujours retenir la qualification juridique de contrat. Une telle attitude a du reste souvent été encouragée par les études de droit administratif.

228. Adoptant un point de vue positiviste, la doctrine a pris acte de la qualification législative. Comme le souligne M. Terneyre, « il s'agit d'authentiques contrats, porteurs de normes exclusivement contractuelles. Telle est l'intention claire du législateur qui a pris soin d'indiquer que ces contrats comportaient des engagements réciproques des parties [...] et qu'ils étaient réputés ne contenir que des clauses contractuelles »²⁷⁶. Par conséquent, en dépit de l'expression usitée, la loi exigerait d'apposer le *label* de contrat aux contrats de plan. M. Truchet affirme ainsi que « la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification a levé le doute, en indiquant, dans une formule significative par son étrangeté même, qu'ils sont « réputés ne contenir que des clauses contractuelles » »²⁷⁷. Dans le même ordre d'idées,

²⁷⁵ TA Montpellier, 8 juill. 1985, *Dimeglio, Rec.*, p. 433 (nous soulignons).

²⁷⁶ Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 449. V. égal., Y. DELAIRE, « Les contrats de plan État-régions », *Les cahiers du droit et de la jurisprudence*, 1986, t. 1, pp. 18-21 ; J.-Cl. DOUENCE, « L'action économique locale », *AJDA*, 1992, p. 74 ; E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, pp. 100-101 ; J. MOREAU, « La coopération verticale et les transferts de compétence. Essai d'analyse juridique », *Cahiers du CNFPT*, 1994 (n° 40), p. 13 ; C.-A. G., note sous le jugement TA Strasbourg, 5 déc. 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg et autres c/ Ministre de la recherche et de la technologie*, *AJDA*, 1986, pp. 104-105 ; J. VIRET, « L'expérience des contrats de plan à l'heure de la planification décentralisée », in *Vertus et limites de la décentralisation*, Bergeret, 1985, p. 515. Plus nuancés, les travaux de M. Pontier peuvent également être associés à ce mouvement concernant les contrats de plan (J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan », *RA*, 2001, p. 58 et s.). V. aussi impl., S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2^{ème} éd., 2010, pp. 168-171. V. enfin concernant les contrats d'entreprise pluriannuels de La Poste : « dans la droite ligne du texte antérieur, ces conventions sont de véritables contrats » (G. CLAMOUR, note sous la loi n° 2010-123 du 9 févr. 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *CMP*, 2010, comm. 98).

²⁷⁷ D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 189.

d'autres auteurs ont considéré « cette formule particulièrement révélatrice »²⁷⁸ ou encore que la nature contractuelle des contrats de plan était « devenue inconteste »²⁷⁹. La cause semblait d'ailleurs entendue pour la plupart des observateurs dès la signature des premiers contrats de plan, comme en témoignent les écrits de M. Jacquot²⁸⁰. Dès lors, les opinions doctrinales étaient, et sont encore, majoritairement favorables à la reconnaissance de la nature contractuelle des contrats de plan. Pour résumer cette tendance, citons les termes de M. Pontier : « l'intention du législateur paraissait assez claire, les termes de la loi de 1982 allaient dans le sens de la reconnaissance de la nature contractuelle des contrats de plan »²⁸¹.

À l'appui de cette qualification, il a été soutenu également que « l'impact juridique des contrats de plan, en général, est dicté par l'architecture du contentieux administratif qui écarte l'acte de la légalité objective pour l'enfermer, logiquement, dans les arcanes du contentieux subjectif, évidemment contractuel pour les parties mais aussi quasi-délictuel pour les tiers »²⁸². Cette argumentation n'est pas pleinement convaincante puisqu'elle repose sur une analyse contentieuse des contrats de plan. Elle postule, de façon implicite, que la nature de l'acte ne s'envisage pas en dehors de la jurisprudence. De la sorte, de nombreuses hypothèses sont négligées et cette observation ne paraît valable que de manière partielle. Pire, la formulation employée suggère que la nature des contrats de plan dépendrait de la nature du contentieux que ces actes sont susceptibles de générer. Cela revient à inverser l'ordre logique d'examen d'un phénomène juridique. Il s'agit de déterminer d'abord la nature de l'acte pour en déduire ensuite les liens qu'il peut faire naître, et la nature du contentieux auquel il peut donner lieu.

Enfin, le consensus initial de la doctrine quant à la nature contractuelle des contrats de plan révèle parfois une approche téléologique. De toute évidence, les auteurs ont perçu dans cette qualification de nombreux avantages. Ainsi que le souli-

²⁷⁸ E. FATOME et J. MOREAU, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, p. 143.

²⁷⁹ F.-X. FORT, « Le bilan des contrats de plan après deux décennies d'exécution », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 216.

²⁸⁰ H. JACQUOT, « La planification (Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982) », *AJDA*, 1982, p. 581 : « les articles 12 et 18 de la loi prévoient qu'ils ne peuvent être résiliés par l'Etat ou la région avant leur date normale d'expiration que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément. Il s'agit donc de véritables contrats créateurs de situations juridiques subjectives et non d'actes condition comme certains accords autrefois conclus dans le domaine des prix » (nous soulignons).

²⁸¹ J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, p. 21.

²⁸² G. CLAMOUR, note sous la loi n° 2010-123 du 9 févr. 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *CMP*, 2010, comm. 98 (nous soulignons).

gnait Yves Madiot, celle-ci est « politiquement souhaitable » dans la mesure où « elle permet de mieux soumettre ces actes au droit et de renforcer la solidarité des parties sur les engagements contractés. Ces dernières sont moralement et juridiquement engagées »²⁸³. Il est certain que les garanties que présente le régime contractuel ont pu inciter la doctrine à retenir la qualification de contrat. Au-delà des dispositions législatives, c'était sans doute le meilleur moyen pour soumettre les contrats de plan aux exigences du droit. Plusieurs approches justifiaient donc amplement les choix opérés par la doctrine et consacrés aujourd'hui par la jurisprudence.

229. En raison de sa valeur légale et malgré l'ambiguïté de la formule retenue, la qualification opérée s'est avérée déterminante. Elle laissa le juge administratif dans l'impossibilité d'écarter la nature contractuelle des contrats de plan. La loi étant intervenue, la solution ne pouvait prêter à la discussion²⁸⁴. Et sauf à juger *contra legem*, le Conseil d'État n'avait d'autre choix que de respecter la qualification légale. Pourtant, une interprétation plus exégétique aurait sans doute pu permettre d'analyser, dès l'origine, les contrats de plan comme des actes conventionnels mais non contractuels.

b) L'impérieuse requalification matérielle des clauses

230. Une approche positiviste stricte permet de résoudre sans difficultés la qualification des contrats de plan. En admettant que la loi opte pour la nature contractuelle, le juge dispose d'une seule option. Il est contraint de retenir la qualification de contrat, ne serait-ce qu'implicitement en mettant en œuvre les règles habituellement appliquées aux actes contractuels. Tenu par la disposition légale, le juge ne pouvait vraisemblablement envisager aucune autre solution. Il en résulte, pour l'heure, une interprétation étroite du texte assez peu satisfaisante (1°). Toutefois, une interprétation plus constructive pourrait résoudre l'inadéquation entre la qualification contractuelle et les effets déployés par ces actes (2°).

1° L'abandon de l'interprétation stricte

231. L'actuelle jurisprudence du Conseil d'État révèle une interprétation stricte du texte législatif qui aboutit à une situation assez paradoxale. Le juge relève,

²⁸³ Y. MADIOT, « Les contrats de plan, une technique juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n° 29), p. 11. Si l'auteur affirme encore cette idée dans d'autres travaux, il exprime cependant un doute sur la nature de ces actes. Il adopte, en définitive, une approche finaliste pour retenir la qualification contractuelle, v. aussi, Y. MADIOT, « La planification décentralisée », *LPA*, 13 févr. 1989 (n° 19), pp. 18-19

²⁸⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », 1991, p. 9.

en effet, que « ni les dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative *n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit du contrat de plan passé entre l'Etat et la région [...] une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle* »²⁸⁵. Le juge s'est dès lors prononcé sans ambiguïté en faveur de la qualification contractuelle. Certes, la jurisprudence a ensuite soumis les effets des contrats de plan à des conditions inhabituelles s'agissant des contrats classiques²⁸⁶. Il n'empêche que les nuances apportées par le juge ne s'analysent nullement comme un revirement jurisprudentiel²⁸⁷. Pour l'heure, les contrats de plan sont toujours analysés par lui comme des contrats. Seulement, leurs stipulations ne peuvent déployer des effets contractuels que lorsque certaines conditions sont remplies. Aussi les précisions sur le régime de ces conventions n'ont-elles pas affecté leur nature. On notera tout au plus la prudence des formulations négatives employées par le juge : il n'affirme pas la nature contractuelle des actes mais se contente de mentionner qu'ils ne peuvent revêtir une autre nature. Bien que fondée sur de solides motifs, la solution apportée par la jurisprudence peut sembler paradoxale. Elle conduit à admettre la qualification de contrat tout en écartant, le plus souvent, les effets qui y sont attachés. Dans cette mesure, il convient de procéder à un examen plus approfondi afin d'apprécier le contenu des clauses composant les contrats de plan.

232. D'un point de vue matériel, la doctrine est demeurée quelquefois réservée sur la nature contractuelle des contrats de plan. Elle l'est encore plus aujourd'hui s'agissant des contrats de projets. Et cette perplexité vaut de manière identique s'agissant d'autres actes conventionnels. Beaucoup ont exprimé leurs doutes sur la nature de ces clauses. « Les affirmations péremptoires du législateur, écrit M. Moderne, ne se sont pas apparemment traduites par une plus grande précision conceptuelle des clauses et des objectifs ». Cet auteur en conclut qu'il « sera difficile de re-

²⁸⁵ CE, Ass., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec., p. 2 (nous soulignons). V. aussi, CE, 3 déc. 1990, *Ville d'Amiens et autres*, Rec., p. 344 ; CE, 21 avr. 1997, *Jubert et autres*, Rec., p. 136 ; CE, 4 juill. 1997, *Région Rhône-Alpes*, Rec., p. 276 ; CE, 7 mars 2005, *Comité central d'entreprise de la Banque de France*, Rec., tab., p. 566.

²⁸⁶ CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, Rec., p. 415. Sur la recevabilité d'un recours en annulation d'un acte détachable d'un contrat de plan « subordonnée à la condition que les stipulations du contrat de plan mises en cause soient de nature à léser le requérant dans ses intérêts de façon suffisamment certaine et directe » (CE Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et des Télécommunications*, Rec., p. 354).

²⁸⁷ V. *contra*, Ch. LE NOAN, note sous l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, D., 1997, jur., p. 445 : « la solution de 1996 est en rupture avec celle de 1988. Si, en 1988, la nature contractuelle de ces contrats était implicitement admise, elle est ici implicitement écartée » ; J.-F. JOYE, *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, th., L'Harmattan, 2002, p. 425 : « la jurisprudence est revenue sur la valeur contractuelle des contrats État-régions ».

garder comme pleinement « contractuelles » toutes les « clauses » qui y figurent »²⁸⁸. Pour sa part, M. Delvolvé estime que l'expression d'économie contractuelle, dont les contrats de plan constituent le paradigme, « doit être juridiquement prise avec beaucoup de réserve »²⁸⁹. Plus loin, il poursuit : « on peut être réservé sur le degré de rigueur qui peut résulter de ces engagements contractuels »²⁹⁰. D'autres études ont apporté une nuance à la qualification contractuelle en y percevant des « contrats d'intention »²⁹¹ ou en estimant que le Conseil d'État a procédé à une « consécration « minimaliste » de cette nature »²⁹². Il arrive enfin que l'on décrive tel ou tel acte comme ne comportant aucune stipulation impérative. Cela rejoint indirectement les critiques adressées aux choix contemporains. Ainsi le contrat de plan signé en 1984 entre l'État et Électricité de France est-il décrit comme « une structure souple définissant d'une part, les objectifs essentiels à atteindre et les contraintes à respecter dans un cadre d'hypothèses de référence, d'autre part, les règles du jeu que les partenaires s'accordent à considérer comme souhaitables face aux incertitudes de l'avenir »²⁹³. Ces diverses opinions soulignent bien les incertitudes qui demeurent s'agissant de la nature des contrats de plan.

233. En énonçant que les contrats de plan sont « réputés ne contenir que des stipulations contractuelles », l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 a durablement troublé la qualification de ces instruments. Le juge administratif en a déduit fort logiquement que ces actes constituaient d'authentiques contrats²⁹⁴. De leur lien avec

²⁸⁸ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 17. On retrouve dans le *Traité des contrats administratifs* une certaine réserve s'agissant des contrats de plan, identifiés comme des contrats « discutables » (A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 423). V. égal., J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, pp. 575-576 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « La planification française entre centralisation et décentralisation », *RFDA*, 1995, p. 1007 ; S. TSOULIDES, « Les contrats de plan État - entreprise publiques », *Les cahiers du droit et jurisprudence*, 1986, t. 1, pp. 129-132.

²⁸⁹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, p. 39.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 381.

²⁹¹ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 69.

²⁹² J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1653. V. aussi, Ch. MAUGÜÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative – l'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 38 ; J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 191 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 233-234 ; D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 1998, pp. 7-8.

²⁹³ J. BERGOUGNOUX et J. RIVIER, « La planification à Électricité de France et le contrat de plan État-EDF », *CJEG*, 1985, p. 112.

²⁹⁴ CE, Ass., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, p. 2.

les quasi-contrats de plan, leur qualification juridique s'en est trouvée, en quelque sorte, résolue par analogie. Mais ce choix s'est avéré assez rapidement inadéquate. Il a plongé ces conventions dans une impasse inextricable que l'on peut résumer ainsi : celles-ci comporteraient bien des stipulations contractuelles mais qui ne produiraient pas tous les effets habituellement reconnus à ces clauses²⁹⁵. Raisonner ainsi revient à admettre que la qualification retenue n'est, en définitive, pas adaptée au procédé envisagé. Cela traduit le fait que, ne pouvant exclure les contrats de plan de la catégorie contractuelle, le juge s'est limité à reconnaître leur absence d'effet contractuel. Il va sans dire que cette situation n'est pas satisfaisante. Le Conseil d'État est certes parvenu à neutraliser la qualification légale dont il ne pouvait ignorer l'existence. Pour autant, l'état du droit positif reste affecté par un décalage entre la nature juridique des contrats de plan et leurs effets réels. On peut s'en inquiéter d'autant plus que le législateur a recouru une nouvelle fois à la formule confuse de l'article 12 de la loi portant réforme de la planification au sujet d'autres conventions²⁹⁶. Il est en tout cas souhaitable qu'une solution différente soit retenue par le juge bien que son raisonnement soit, au moins en apparence, infaillible²⁹⁷.

2° L'adoption d'une interprétation constructive

234. Pour faire correspondre les qualifications jurisprudentielles avec les pratiques administratives, une interprétation plus conforme aux dispositions légales pourrait sans doute être retenue. Il faut, pour cela, se reporter au contexte dans lequel la loi du 29 juillet 1982 est intervenue. Sous cet angle, l'intention de toujours tenir pour contractuelles les stipulations des contrats de plan peut s'analyser comme

²⁹⁵ V. à ce propos la réponse ministérielle, jugée « sinon cynique du moins réaliste » par M. Terneyre, à la question « quelle est la valeur juridique d'un contrat de plan ? », *BJCP*, 2003, p. 170. Pour sa part, M. Linditch relie, de façon étonnante, cette jurisprudence à la souveraineté de l'État : « on mesure alors au travers de cette étrange intervention législative, toute la difficulté qu'il y a encore de nos jours à considérer que l'État, partie à un contrat, n'est qu'une personne morale de droit public et qu'il a renoncé par anticipation à l'usage de sa souveraineté » (F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997, p. 118). Cette interprétation ne sera pas retenue, car elle néglige l'analyse matérielle et le doute sur la nature de l'acte. Du reste, cela conduirait à reconnaître à l'État des prérogatives relatives à l'exécution des contrats dont il ne dispose pas. Si le comportement de cette personne publique est régulier, c'est précisément parce que la jurisprudence conditionne les effets contractuels de ces actes.

²⁹⁶ Art. 140 de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

²⁹⁷ V. en ce sens, P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, pp. 381-382 : « On peut juger contradictoire l'affirmation de la nature contractuelle du contrat de plan et le refus d'y voir un acte modifiant l'ordonnancement juridique. Mais la contradiction est sans doute plus dans la loi (qui déclare « contractuel » ce qui ne peut découler que de la volonté des parties) que dans la jurisprudence (qui ne peut reconnaître une portée à des clauses qui n'en ont pas) ».

un mécanisme préventif²⁹⁸. Selon toute vraisemblance, le législateur a souhaité exclure, par ce procédé, la possibilité pour l'État d'introduire des clauses réglementaires dans ces conventions²⁹⁹. Des éléments sous-tendent et légitiment les choix législatifs. Une semblable tentation de la part des administrations étatiques pouvait, en effet, être grande eu égard à la récente suppression de la relation tutélaire. L'intention du législateur était alors bien d'empêcher que ces instruments ne servent à réintroduire un contrôle étroit de l'État sur l'action des collectivités territoriales. Le résultat atteint s'est cependant avéré moins certain. À l'appui de cette proposition, il est possible de mentionner plusieurs éléments.

235. Tout d'abord, cette idée se retrouve parfois au sein des discours juridiques. Cela permet d'en préciser la signification. En ce sens, M. Daël affirme que « le législateur a certainement écarté la possibilité d'inclure des clauses réglementaires et indiqué qu'une clause est présumée contractuelle pour prévenir les effets de votre jurisprudence antérieure »³⁰⁰. Une méfiance du législateur, tant à l'égard de l'État que des potentialités de la jurisprudence en matière de prix, a visiblement conduit à la formulation énigmatique de l'article 12. Voilà pourquoi il convient de percevoir cette disposition législative comme l'institution d'un *plafond de normativité*. C'est-à-dire que, par cet article, la loi constitue un obstacle à l'insertion de dispositions réglementaires au sein des contrats de plan. Les parties n'ont pas la possibilité de prévoir des clauses dont les effets seraient plus que contractuels. Cela prévient de possibles dérives relatives à la constitution des clauses. Mais l'article 12 n'empêche en aucune façon d'y insérer des stipulations conventionnelles non-normatives. Dans la mesure où les effets produits par ces énoncés sont inférieurs à ceux des clauses contractuelles, le législateur a entendu permettre leur présence. Seules des clauses dont les effets seraient réglementaires paraissent proscrites par le texte législatif. Tout au plus, l'acte ne doit contenir que des stipulations contractuelles. Cela n'interdit pas aux parties en revanche de s'engager par des stipulations dont la te-

²⁹⁸ D'ailleurs, on retrouve bien cette méfiance au sein des travaux parlementaires. Cependant, les déductions qui ont été faites à l'occasion des débats ne paraissent pas toujours convaincantes. On y trouve à la fois le désir de juridiciser les anciens « quasi-contrats » de plan et la volonté de minimiser les pouvoirs de l'État. Il en résulte un amalgame surprenant au terme duquel on a postulé à tort la nature de droit commun des contrats de plan (C.-A. G., note sous le jugement TA Strasbourg, 5 déc. 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg et autres c/ Ministre de la recherche et de la technologie*, *AJDA*, 1986, pp. 104-105).

²⁹⁹ En ce sens, poser la question du caractère réglementaire des clauses des contrats de plan n'est pas si paradoxale, v. E. VITAL DURAND, « Le contrat de plan : un faux-ami juridique », *LPA*, 26 mars 1999, spéc. p. 5.

³⁰⁰ S. DAËL, concl. sur l'arrêt CE Ass., 8 janv. 1988, *Min. chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *RFD*, 1988, p. 25.

neur ne serait que directive. Une telle interprétation suggère d'envisager ces clauses comme conventionnelles et non automatiquement comme contractuelles.

Certains auteurs ont cherché à nier la principale finalité de l'article 12. À cet égard, on s'écartera de l'opinion de M. Turpin selon laquelle « il faut sans doute entendre par « clauses contractuelles », non pas une qualification juridique permettant de les opposer aux « clauses réglementaires » de certains contrats administratifs, mais, tout au plus, « clauses négociées » plutôt qu'imposées unilatéralement [...] dans la mesure où ne figurent dans les contrats de plan que des points sur lesquels l'État et les régions sont parvenus à un accord »³⁰¹. Tout d'abord, c'est prêter au législateur une connaissance et une maîtrise juridique peut-être un peu faibles. Ensuite, il existe bien des clauses négociées et de nature réglementaire. Si la loi désignait des stipulations négociées, on pourrait alors retrouver des clauses réglementaires dans ces actes. Il s'ensuit que cette distinction n'est pas vraiment convaincante. Enfin, la conclusion d'un contrat n'implique pas que toutes les clauses ont été matériellement négociées. Pour ces raisons, la perspective adoptée ne semble pas convaincante.

236. Il est ensuite possible de trouver des confirmations de l'opposition entre l'idée de clauses *réputées contractuelles* et la constitution de clauses réglementaires dans la jurisprudence. De toute évidence, le Conseil d'État envisage bien la *réputation contractuelle* des clauses dans le cadre de la dichotomie entre clauses contractuelle et réglementaire. Examinant la recevabilité d'un moyen reposant sur la méconnaissance d'une stipulation, il précise en effet « que ni les dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit [...] une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle »³⁰². Dans le même ordre d'idées, au sujet d'un contrat de service public, le juge administratif affirme que, en raison de son « caractère *exclusivement* contractuel », cet acte « n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »³⁰³. Ces deux raisonnements peuvent fournir des éléments au soutien de la thèse défendue. Dans chacune de ces hypothèses, la méthode suivie par le juge revient à admettre implicitement que la présomption législative vise à écarter l'éventuelle insertion de clauses

³⁰¹ D. TURPIN, note sous le jugement TA Montpellier, 8 juill. 1985, *Dimeglio*, *AJDA*, 1986, p. 110.

³⁰² CE, Ass., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, p. 4 (nous soulignons).

³⁰³ CE, 7 mars 2005, *CCE de la Banque de France*, *Rec.*, tab., p. 546 (nous soulignons). V. impl., au sujet des conventions d'objectifs et de gestion en matière de sécurité sociale, CE, 18 févr. 2009, *Association comité CSG*, *Rec.*, tab., p. 824.

réglementaires. Car la présence de telles clauses aurait pu valablement fonder un moyen de légalité ou permettre l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir. En somme, si le juge s'était placé dans une approche strictement conventionnelle, les précisions soulignées seraient apparues superflues. Il aurait été inutile d'insister sur l'absence de clauses réglementaires dans ces actes. Les précautions prises pour motiver ses décisions montrent dès lors le souci du juge de réaffirmer la proscription des clauses réglementaires. L'ensemble de la jurisprudence sur la recevabilité retranscrit ainsi l'intention initiale du législateur.

237. Enfin, il n'est pas anodin que la technique de la *réputation contractuelle* soit limitée à des situations dans lesquelles il existe, ou existait, un rapport tutélaire. Le législateur y a eu recours à propos des relations entre l'État et des collectivités territoriales³⁰⁴ ou des entreprises du secteur public³⁰⁵. En revanche, cette technique n'a jamais été utilisée concernant les rapports entre collectivités territoriales. Cela traduit bien l'idée que le législateur emploie cette formule pour offrir des garanties aux parties. La signature d'un contrat pourrait servir à maintenir un contrôle étatique. Or la finalité de ces relations consiste précisément à permettre l'établissement de relations *post-tutélaire*s. Voilà pourquoi il s'agit de proscrire l'insertion de clause réglementaire au sein de ces contrats. Pour y parvenir, le législateur a cru bon de préciser que les contrats de plan sont réputés ne contenir que des stipulations contractuelles. Cette formule répondait ainsi à la volonté de préserver la nature conventionnelle des effets produits.

238. Dès lors, la formulation négative de la loi autorise une interprétation plus constructive que celle de l'actuelle jurisprudence. Elle se résume ainsi : la technique de la *réputation contractuelle* consiste à ne pas qualifier positivement les stipulations conventionnelles, et encore moins l'acte. Elle implique seulement que les clauses des contrats de plan ne peuvent être réglementaires. *A contrario*, l'intention du législateur n'a jamais été d'exclure les clauses *infra-contractuelles*. Aussi appartient-il au juge de faire le départ entre les stipulations impératives et celles directives. En aucun cas, la loi ne contraint le juge administratif à élever toutes les clauses des contrats de plan au rang de stipulation contractuelle. Surtout lorsque cela le conduit ensuite à vider les clauses de leur contenu prétendument impératif. La formule législative permet une interprétation plus audacieuse mais plus conforme aux pratiques et respectueuse

³⁰⁴ Art. 12 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

³⁰⁵ Art. 140 de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

des notions juridiques. En définitive, la loi ne vise pas la nature de l'acte signé. Elle proscrit seulement l'insertion de clauses réglementaires et laisse une marge d'appréciation au juge sur la teneur impérative ou non des stipulations.

Au vu des conventions conclues par les personnes publiques, le juge pourrait considérer que les stipulations des actuels contrats de projets ne présentent pas l'impérativité nécessaire pour être qualifiées de clauses contractuelles³⁰⁶. Par exemple, le contrat de projets État-région Île-de-France ne comporte que trois articles et une succession de projets. L'article 1^{er} se contente de prévoir un engagement global des parties : elles « s'engagent pour sept ans à mettre conjointement en œuvre les mesures et actions contenues dans le présent document »³⁰⁷. Ensuite, des objectifs portant sur le chômage, la cohésion sociale, l'environnement ou encore l'accessibilité sont présentés. Cette structuration se retrouve dans la plupart des contrats de projets³⁰⁸ puisqu'ils ont été harmonisés par plusieurs circulaires du Délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires³⁰⁹. La lecture de ces documents montre que les stipulations sont de simples directives. Ces dernières ne révèlent pas la volonté des parties de se lier par des obligations juridiques. Un lien juridique existe mais il se borne à de simples objectifs.

239. L'illustration fournie par les contrats de plan souligne les difficultés posées par l'intervention du législateur au sujet de la qualification contractuelle. Initialement, le vote d'un texte en ce domaine est justifié par des motifs de simplification du droit et de sécurité juridique. En témoigne par exemple la qualification du caractère administratif des contrats de partenariat public-privé³¹⁰. Visant à « prévenir toute disqualification du contrat par la jurisprudence »³¹¹, elle a permis l'unification

³⁰⁶ Du reste, c'est visiblement l'impression des parties. V. sur ce point, G. MARCOU, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003, p. 983. V. sur cette idée, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 233-234.

³⁰⁷ Art. 1^{er} du contrat de projets État-région Île-de-France 2007-2013, signé le 23 mars 2007.

³⁰⁸ V. not., le contrat de projets État-région Aquitaine 2007-2013, signé le 5 mars 2007 ; le contrat de projets État-région Bretagne 2007-2013, signé le 12 avr. 2007 ; le contrat de projets État-région Languedoc-Roussillon 2007-2013, signé le 18 déc. 2006 ; le contrat de projets État-région Centre 2007-2013, signé le 8 mars 2007. Pour une présentation similaire, le contrat de projets Rhône-Alpes 2007-2013, signé le 20 mars 2007.

³⁰⁹ V. not., la circulaire relative à la formalisation des contrats de projets du 24 nov. 2006.

³¹⁰ Art. 1^{er} de l'ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, 19 juin 2004, p. 10994.

³¹¹ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *No-nagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 618.

de la compétence juridictionnelle concernant les marchés publics³¹². En revanche, s'agissant des contrats de plan, la formulation employée a provoqué de nombreuses incertitudes compte tenu, à la fois, de la confusion de l'énoncé et de l'inadéquation de la qualification contractuelle par rapport à la pratique. Regrettables, ces maladresses ont hypothéqué toute possibilité pour le juge de construire une nouvelle catégorie conventionnelle en lui imposant d'assimiler ces actes à de véritables contrats. Le Conseil d'État est apparemment captif de la prédétermination opérée par la loi. Il est toutefois parvenu aujourd'hui à un point de rupture entre la qualification légale et la réalité matérielle des conventions. À défaut d'une évolution législative, seule une interprétation constructive paraît susceptible de résoudre cette situation. Cela aurait pour résultat de rapprocher les contrats de plan, dont le régime était fixé par les dispositions de la loi du 29 juillet 1982, d'actions plus anciennes³¹³. Une telle évolution dénoterait surtout le rôle des parties s'agissant de la qualification juridique.

Sous-section 2 : L'influence déterminante des parties

240. Même lorsque la rédaction d'un acte conventionnel est le fait d'une seule partie, la distinction matérielle renvoie à ceux qui conviennent. Car il revient aux parties de s'entendre sur la teneur des énoncés. Certes, la qualification légale peut contraindre le juge à tenir pour contractuelles des clauses qui matériellement ne le sont pas. Mais cette qualification *a priori* peut laisser une latitude d'interprétation suffisante, comme l'illustrent les contrats de plan. Voilà pourquoi la distinction proposée repose essentiellement sur la volonté des auteurs³¹⁴. Il est logique que les signataires puissent déterminer s'ils souhaitent s'engager par des stipulations obligatoires ou directives (§1). Le cas échéant, cela suppose la possibilité pour le juge d'apprécier la nature des engagements conclus (§2).

§1. Un contenu déterminé par les parties

241. La convention est par définition l'objet des parties. Les auteurs disposent logiquement d'une certaine latitude pour déterminer les clauses de l'acte. Cette con-

³¹² Art. 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF*, 12 déc. 2001, p. 19703.

³¹³ V. part., le contrat de plan « type », qui évoque l'idée de simples objectifs et orientations, annexé au décret n° 70-1221 du 23 déc. 1970 relatif aux contrats de plan, *JORF*, 25 déc. 1970, p. 11956.

³¹⁴ V. pour une comparaison avec la détermination du genre de l'acte, D. TRUCHET, « La volonté des parties », in Ch. Bréchon-Moulènes (dir.), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Association pour le droit public de l'entreprise, Dalloz, 1985, p. 148.

séquence théorique du consensualisme conventionnel se trouve parfois réduite à peu de chose en raison d'une pratique assez répandue de prédétermination textuelle (a). Cela n'affecte pas les règles de formation des actes conventionnels administratifs mais modifie sensiblement le rôle des parties. Incitées à conclure des conventions, les parties se voient souvent imposer les matières sur lesquelles elles doivent conclure ainsi que les finalités à atteindre. Il ne leur reste parfois qu'à adapter l'acte à une situation donnée. Ce constat, sans doute trop sévère pour les contrats, se vérifie surtout pour les conventions d'administration (b).

a) La prédétermination textuelle

242. La doctrine souligne unanimement que l'élaboration des contrats administratifs repose souvent sur des documents généraux valant pour l'ensemble d'une catégorie juridique³¹⁵. Comme l'affirme M. Richer, au-delà des clauses obligatoires, « les textes peuvent imposer de manière plus précise des stipulations déterminées, cela pouvant aller jusqu'à l'élaboration de tout un cahier des charges »³¹⁶. Cette technique de prédétermination du contenu des stipulations se justifie à de nombreux égards. D'une part, il s'agit de faciliter la tâche des rédacteurs. Pragmatique, cette modalité fournit aux acteurs locaux une base précieuse pour réaliser leurs projets. Elle leur permet aussi d'économiser du temps et vise à écarter les critiques récurrentes touchant à la sophistication du droit des contrats administratifs. D'autre part, la détermination *a priori* du contenu des actes conventionnels assure la sécurité juridique des relations. Elle permet d'éviter les éventuelles erreurs de rédaction et les risques de recours contentieux³¹⁷. En quelque sorte, il s'agit d'un procédé tendant à labelliser l'acte conventionnel. Cette méthode paraît d'autant plus justifiée que les enjeux économiques et sociaux sont importants, il en va ainsi par exemple des marchés de travaux³¹⁸.

³¹⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 675 : « les contrats administratifs ne font en effet pour partie que reproduire des dispositions contenues dans des cahiers des charges qui ont été élaborés pour régir tous les contrats d'une même catégorie ». Sur l'ensemble de cette pratique (*ibid.*, pp. 675-695).

³¹⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 159.

³¹⁷ V. sous une formulation singulière, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 130 : « l'un de ces dispositifs, le plus efficace, consiste à standardiser le contenu du contrat afin d'éviter tout débordement ». Par ailleurs, le rapport mentionne plusieurs illustrations probantes de ces pratiques, notamment concernant les contrats territoriaux d'exploitation et les contrats Natura 2000.

³¹⁸ V. au sujet des marchés publics dans l'économie nationale, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 19.

243. Ainsi, le droit positif fournit de nombreuses illustrations de standards régissant les contrats administratifs. Parmi les plus révélatrices, les cahiers des charges constituent une technique de prédétermination habituelle pour les marchés publics et les délégations de service public. Sans doute une certaine liberté est-elle parfois conservée par les parties lorsque ces références ne sont que facultatives. Mais ces documents ont vocation à définir, à des degrés divers, le contenu des stipulations des futurs contrats. En atteste, par exemple, le cahier des clauses administratives générales « fournitures courantes et services » approuvé par un arrêté du 19 janvier 2009³¹⁹. Son article 5.1 prévoit notamment une clause de confidentialité, qui peut être reproduite par les parties à un marché public³²⁰. Les exemples pourraient être multipliés, on constaterait à chaque fois l'encadrement de la liberté dont bénéficient les parties pour déterminer les stipulations contractuelles.

244. De façon plus surprenante, la prédétermination textuelle est une pratique très répandue s'agissant des conventions d'administration. Peu formalisée par rapport aux contrats administratifs, elle apparaît dans des textes épars mais n'en demeure pas moins très présente. En ce sens, l'élaboration des contrats de projets suit une grille standardisée par plusieurs circulaires³²¹. Plus souple, il résulte de cette prédétermination une plus grande cohérence de l'action régionale. La circulaire du Délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires du 24 novembre 2006 comporte ainsi l'obligation pour les parties de reproduire des clauses relatives à l'évaluation de la convention³²². De même, un autre texte limite et précise les critères des grands projets structurant les contrats de projets³²³.

³¹⁹ Arrêté du 19 janv. 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, *JORF*, 19 mars 2009, p. 4953.

³²⁰ Art. 5.1 du cahier des clauses administratives générales « fournitures courantes et services » : « Le titulaire et le pouvoir adjudicateur qui, à l'occasion de l'exécution du marché, ont connaissance d'informations ou reçoivent communication de documents ou d'éléments de toute nature, signalés comme présentant un caractère confidentiel et relatifs notamment aux moyens à mettre en œuvre pour son exécution, au fonctionnement des services du titulaire ou du pouvoir adjudicateur, sont tenus de prendre toutes mesures nécessaires, afin d'éviter que ces informations, documents ou éléments ne soient divulgués à un tiers qui n'a pas à en connaître. Une partie ne peut demander la confidentialité d'informations, de documents ou d'éléments qu'elle a elle-même rendus publics ».

³²¹ V. la circulaire relative à la formalisation des contrats de projets du 24 nov. 2006 édictée par le Délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires. V. aussi la circulaire du Premier ministre du 6 mars 2006 relative à la préparation des contrats de projets État-régions 2007-2013 et à l'élaboration de la stratégie de l'État.

³²² V. le point 6 de la circulaire.

³²³ V. le point 2 de la circulaire du 23 mai 2006 édictée par le Délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires.

Une exposition systématique des conventions d'administration confirmerait la récurrence de la prédétermination textuelle. Cette technique présente des aspects qui la distinguent de la méthode usitée pour les contrats administratifs. D'une part, elle est fractionnée en une succession de textes pour une même catégorie conventionnelle. Cela provoque une confusion susceptible d'affecter l'élaboration des actes. D'autre part, elle apparaît moins précise que ne l'est la prédétermination des stipulations contractuelles. Il faut dire que l'utilisation de cette technique suggère une contradiction avec les ambitions de la contractualisation. Puisqu'il s'agit, en principe, de permettre la négociation entre les parties, la détermination *a priori* des clauses pourrait compromettre cette aspiration. C'est sans doute la raison pour laquelle les éléments auxquels doivent se référer les parties sont épars et peu contraignants. Cela permet d'assurer la compatibilité entre la technique de prédétermination et l'idéologie qui sous-tend les conventions d'administration.

245. La prédétermination textuelle provoque une érosion de la liberté des parties. L'harmonisation des pratiques conventionnelles prime ici sur l'utilisation de la convention comme un instrument d'individualisation. Cela vaut particulièrement pour les conventions d'administration. Conclue en vue d'une modernisation de l'action administrative, la perception libérale de la convention est supplantée par une approche plus sociale de l'acte. Dès lors, les parties doivent élaborer les clauses dans le cadre étroit tracé par les textes³²⁴. Voilà pourquoi leur rôle dans l'élaboration de l'acte se réduit parfois à une simple adaptation contextuelle.

b) L'adaptation contextuelle

246. En droit public, les parties bénéficient d'une liberté réduite pour définir les clauses conventionnelles. Cette observation conduit à envisager plus précisément l'étendue de leurs facultés tenant à l'élaboration des contrats. Bien plus, elle suscite une question d'ordre général sur le succès de la politique de contractualisation : les parties disposent-elles d'une liberté suffisante pour conclure des actes satisfaisant leurs attentes ? S'agissant des conventions d'administration, il convient de répondre à cette question en tenant compte d'une dynamique globale. Souvent, le contenu de plusieurs actes est lié. Une interdépendance peut ainsi exister entre conventions, ne serait-ce que pour des motifs financiers. Il n'est donc pas possible de satisfaire un besoin sans menacer la réalisation d'un autre. Aussi, pour conserver un équilibre

³²⁴ D. TRUCHET, « La volonté des parties », in Ch. Bréchon-Moulènes (dir.), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Association pour le droit public de l'entreprise, Dalloz, 1985, pp. 149-151.

dans la conclusion des conventions par les administrations, il peut être nécessaire de circonscrire le pouvoir des parties à une simple adaptation de clauses-types. En définitive, il demeure bien une part de négociation. Mais elle est très circonscrite par les diverses incitations textuelles. À ce titre, la contractualisation réside moins dans les tractations que dans des prévisions par voie conventionnelle.

247. Assez représentatifs, les contrats de projets contiennent plusieurs stipulations stéréotypées. Par exemple, nombreux sont les actes comportant un volet « transport » dans lequel les parties affirment leur volonté « d'optimiser l'exploitation des lignes ferroviaires »³²⁵, de « moderniser le réseau »³²⁶ ou « d'améliorer l'accessibilité »³²⁷. Pour ces actes, les possibilités de négociation sont réelles mais bornées par les projets pouvant être inclus dans la convention. En revanche, d'autres actes paraissent soumis à des directives plus strictes. En témoignent les contrats locaux de sécurité qui doivent obligatoirement contenir certains éléments énoncés dans la deuxième partie de la circulaire du 28 octobre 1997³²⁸. Voilà pourquoi le rôle des parties peut paraître amoindri s'agissant de la détermination des clauses. Il se résume parfois à une simple adaptation des stipulations valables pour tous les actes d'une même espèce de conventions d'administration eu égard au contexte juridique.

248. Cette conclusion ne doit pas conduire le juge à négliger la volonté des parties lorsqu'il lui revient de qualifier une convention. Les parties demeurent évidemment les auteurs de l'acte. En l'absence d'intervention législative, la qualification des conventions reste bien « une question d'espèce qui ne peut être résolue qu'après examen des clauses et du contexte »³²⁹. Au-delà des éventuelles prédéterminations,

³²⁵ V. en ce sens, le « grand projet 1 » du contrat de projets 2007-2013 État-région Bourgogne signé le 22 fév. 2007 (p. 19).

³²⁶ V. en ce sens, l'article 7 « grand projet déplacement de voyageurs » du contrat de projets 2007-2013 État-région Centre signé le 8 mars 2007 (p. 33) ; l'article 4 du contrat de projets 2007-2013 État-région Basse-Normandie signé le 6 mars 2007 (p. 29) ; le grand projet 5 du contrat de projets État-région Île-de-France 2007-2013, signé le 23 mars 2007 (p. 37) ; le grand projet 9 du contrat de projets État-région Languedoc-Roussillon 2007-2013, signé le 18 déc. 2006 (p. 53) ; le grand projet 5 du contrat de projets État-région Limousin 2007-2013, signé le 12 fév. 2007 (p. 21).

³²⁷ V. en ce sens, le « grand projet 1 » du contrat de projets 2007-2013 État-région Bretagne signé le 12 avr. 2007 (p. 23) ; l'article 4 du contrat de projets 2007-2013 État-région Basse-Normandie signé le 6 mars 2007 (p. 29) ; l'article 1^{er} du contrat de projets 2007-2013 État-région Provence-Alpes-Côte d'Azur (p. 23).

³²⁸ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757.

³²⁹ L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 9.

seule une analyse du contenu des clauses permet ainsi de caractériser l'obligation³³⁰. À défaut d'être pleinement libre, la volonté des parties est susceptible de jouer dans cette mesure et servir à l'appréciation du juge. Ce dernier assure une fonction capitale s'agissant de la qualification des actes juridique. Il constitue, par conséquent, une entité qui participe, elle-aussi, à forger la distinction entre les actes conventionnels.

§2. Un contenu apprécié par le juge

249. À juste titre, M. Waline doute de l'exactitude de la thèse qui renvoie aux seules parties la possibilité de prévoir des obligations au sein des actes conventionnels³³¹. Cette perception paraît trop réductrice. Elle méconnaît, en effet, le rôle du législateur, du pouvoir exécutif et surtout celui du juge, lorsqu'il est saisi bien sûr. Disposant du pouvoir d'apprécier la teneur des stipulations (a), le juge recherche la commune intention des parties. Il s'agit pour lui d'une matrice d'interprétation des clauses. Par cette référence, la volonté de ceux qui ont convenu est sensée être restituée par le juge. Il contribue, en quelque sorte, à la constitution de l'acte. En dépit de l'artifice que cette méthode pourrait représenter, il est supposé être la « bouche des parties » (b).

a) Le pouvoir d'interprétation

250. Le rapport public du Conseil d'État pour 2008 rappelle que « le juge administratif est compétent pour interpréter les contrats administratifs et leur faire produire leur plein effet »³³². Cette observation vaut pour l'ensemble des actes conventionnels administratifs. Suivant l'organisation juridictionnelle, il appartient aux juges du fond, c'est-à-dire aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel, de mettre en œuvre cette prérogative. Lorsqu'il est juge de cassation, le Conseil d'État ne peut exercer ce pouvoir d'interprétation dévolu aux juges du fond. Il se limite alors à un contrôle de la dénaturation. Mais cette conséquence de la répartition des compétences juridictionnelles et de la nature des voies de recours ne change rien au pouvoir général d'interprétation dont dispose le juge. Il arrive simplement que cette faculté varie selon les circonstances.

³³⁰ V. en ce sens, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70.

³³¹ J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 232.

³³² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 122.

251. Il est possible de donner des illustrations de ce pouvoir, dont l'existence n'appelle pas, dans le cadre de cette étude, de développement supplémentaire. Ainsi est-il arrivé au juge administratif de qualifier de contrat une charte et un protocole d'accord. En ce sens, le Conseil d'État a pu énoncer que « la cour administrative d'appel de Nantes [avait] souverainement apprécié, sans dénaturer les pièces du dossier, [...] la nature contractuelle du protocole d'accord du 13 février 1986 précité et de la charte du 6 juillet 1994 qui l'a complété »³³³. Il lui est même possible de préciser cette nature : « la cour n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le protocole d'accord et la charte ultérieure, de *contrats particuliers*, au sens des dispositions précitées de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification »³³⁴. Dans cet arrêt, la nature contractuelle de l'acte résulte d'une analyse matérielle des clauses. Sans qu'il soit nécessaire de le mentionner explicitement, le juge signifie par sa décision que les parties ont entendu se lier en fixant des droits et obligations. Par ailleurs, la nature de *contrat particulier* provient simplement de ce que l'acte applique les orientations prévues par un contrat de plan. En tous les cas, cette illustration rend compte de l'importance des pouvoirs dont dispose le juge. Car, en l'espèce, il n'était pas évident de parvenir à ces qualifications.

252. À l'inverse, le juge administratif peut écarter la qualification de contrat, comme en rend particulièrement compte l'arrêt *Région du Limousin*. Le Conseil d'État y estime que « si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, *constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique*, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État »³³⁵. La distinction opérée par le juge est marquée par un certain laconisme puisqu'il n'indique pas précisément le critère retenu. Tout au plus l'arrêt suggère-t-il que les parties n'ont pas entendu se lier par des obligations contractuelles. Quoi qu'il en soit, le juge dispose d'importantes prérogatives sur la qualification des conventions. Cela emporte plusieurs conséquences sur la situation des parties, à commencer par la possible mise en jeu de leur responsabilité contractuelle. Voilà pourquoi il importe d'encadrer le pouvoir d'interprétation jurisprudentielle en posant les critères retenus ainsi que la méthode d'interprétation.

³³³ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable, Rec.*, tab., p. 628 (nous soulignons).

³³⁴ *Ibid.*, p. 628 (nous soulignons).

³³⁵ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534 (nous soulignons).

b) La méthode d'interprétation

253. Comme l'illustrent les conclusions d'un commissaire du gouvernement³³⁶, le juge administratif recherche méthodiquement l'interprétation devant être conférée aux clauses conventionnelles. Il s'appuie sur l'intégralité des documents, ainsi que sur le contexte, pour déterminer la commune intention des parties. Non seulement de cette opération dépend, au contentieux, l'existence du contrat³³⁷, mais aussi l'étendue des obligations conclues. De ce fait, elle est primordiale. L'examen de cette investigation juridictionnelle soulève d'ailleurs des interrogations sur le rôle créateur du juge. En effet, la théorie réaliste de l'interprétation consacre la liberté des acteurs pour interpréter à leur guise les énoncés juridiques. Appliquée à l'activité du juge, cela pose la question de la restitution de la volonté créatrice des parties ou la confiscation du pouvoir créateur. L'utilisation de la commune intention des parties³³⁸ offre une réponse partielle à cette question. D'autres éléments sont quelquefois pris en compte par le juge. C'est pourquoi il est possible d'estimer, comme l'écrivait Georges Péquignot, que « l'interprétation du contrat se fera en prenant en considération *plus souvent les nécessités du service public que l'intention des parties* »³³⁹.

254. Pour autant, le juge se reporte souvent à l'intention des parties pour déterminer la teneur de certaines stipulations conventionnelles. Cela constitue un instrument d'interprétation pour le juge qui « ne s'interdit pas la recherche de clauses implicites, sollicitant le for interne des parties »³⁴⁰. Confronté à un acte silencieux sur un point, il peut également renvoyer aux autres clauses de la convention « pour interpréter le contrat conformément à la commune volonté des parties »³⁴¹. Pour ce faire, il se réfère même parfois aux travaux préparatoires³⁴², par exemple à un rap-

³³⁶ M. MORISOT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 28 janv. 1977, *Ministre des finances c/ société heurtey-métallurgie*, AJ-DA, 1977, p. 394 et s.

³³⁷ V. en ce sens, O. FÉVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », RDP, 2008, p. 378.

³³⁸ Si le juge administratif ne s'y réfère pas directement, un parallèle peut être établi entre cette pratique et l'article 1156 du code civil : « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». V. not., CE, 4 juin 1969, *Société des anciens établissements « Zublin et Perrière »*, Rec., tab., p. 879 ; CE, 13 mai 1970, *Dame veuve Carlier*, Rec., p. 321.

³³⁹ G. PÉQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, th., Pedone, 1945, p. 239.

³⁴⁰ Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 322.

³⁴¹ CE, 14 mai 2008, *Daviet*, Rec., p. 620 ; CE, 11 juillet 2008, *Société Rouzand restauration*, req. n° 281512.

³⁴² CE, 25 juill. 1884, *Compagnie des eaux du Havre c/ la ville du Havre*, Rec., p. 644 ; CE Sect., 9 déc. 1949, *Sieur Chamé*, Rec., p. 542.

port sur lequel s'appuie une délibération communale³⁴³. Il lui arrive aussi de se fonder sur les « tractations » et les « délibérations » qui ont précédé la conclusion du contrat pour en compléter le contenu³⁴⁴. Dans d'autres hypothèses, le juge administratif a pu déduire des « pièces du dossier » la volonté des parties de soumettre leur contrat à une législation étrangère³⁴⁵. Enfin, le préambule d'une convention a pu servir pour l'interprétation de ses clauses³⁴⁶. Toutes ces références sont *a priori* variables à la condition qu'elles soient suffisamment liées au contrat à interpréter³⁴⁷.

255. Ces illustrations montrent que l'interprétation jurisprudentielle ne suit pas un schéma invariable³⁴⁸. Des considérations tenant à la politique jurisprudentielle interfèrent, pour une large part, dans les choix du juge. Celui-ci privilégiera parfois une approche objective, au moins en apparence. En d'autres circonstances, il s'écartera d'un raisonnement scientifiquement souhaitable en faisant primer des éléments plus subjectifs. La référence à la commune intention des parties sert alors de variable d'ajustement. Comme le remarque M. Llorens, « d'une manière générale, le Conseil d'État se montre beaucoup plus libre à l'égard des termes de la convention que ne le sont les tribunaux judiciaires. Certes, tous se réfèrent à la commune intention des parties. Mais la notion est suffisamment élastique pour laisser à chacun une entière liberté »³⁴⁹. Dès lors, il convient ne pas déduire du constat que les juges manient un même concept qu'ils en tirent toujours les mêmes solutions³⁵⁰. Ces dernières varient en fonction d'un ensemble de circonstances parmi lesquelles se trouve l'intention des parties.

Dans certaines hypothèses, la démarche du Conseil d'État peut paraître critiquable. Tel est le cas lorsqu'il se livre à une interprétation fondée sur la volonté des parties alors que les stipulations conventionnelles paraissent objectivement suffi-

³⁴³ CE, 24 mai 1922, *Sieur Sambres*, *Rec.*, p. 463.

³⁴⁴ CE, 16 mai 1924, *Bardy c/ Commune de Bergerac*, *Rec.*, p. 477. Inversement, la commune intention des parties peut permettre au juge d'écarter certaines pièces, comme un procès-verbal dont les énonciations ne correspondraient pas à la volonté des cocontractants (CE, 13 mai 1970, *Dame veuve Carlier*, *Rec.*, p. 321).

³⁴⁵ CE, 28 janv. 1983, *Mme Johnston*, *Rec.*, p. 28.

³⁴⁶ CE, 5 avr. 2006, Société nationale des chemins de fer français, *Rec.*, tab., p. 1039.

³⁴⁷ N. ESCAUT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *BJCP*, 2011, p. 39.

³⁴⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, pp. 341-342.

³⁴⁹ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 302. V. aussi, A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges L. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 204.

³⁵⁰ V. *contra*, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 69.

santes³⁵¹. En ce cas, il inverse l'ordre logique d'examen, reléguant les éléments objectifs à de simples outils confirmant l'intention des parties. Il faudrait, au contraire, considérer qu'un énoncé apparaissant clair pour celui qui l'interprète³⁵² le dispense d'inspecter la volonté des parties. Car l'investigation s'avère largement fictive. Cette inversion de la logique juridique semble d'ailleurs avoir été corrigée par le juge depuis peu³⁵³.

256. En tout état de cause, analyser l'interprétation de la volonté des parties présente de singulières difficultés eu égard aux variations affectant l'examen du juge. Par principe, l'étude de la commune intention des parties résulte d'éléments objectifs, le plus souvent de la convention elle-même³⁵⁴. Elle sert notamment à resituer les stipulations conventionnelles dans leur contexte juridique à la date de la conclusion de l'acte. Le juge administratif peut ainsi moduler le sens d'une clause en recherchant la volonté des parties au moment où elles ont conclu l'acte³⁵⁵. C'est là une limite de bon sens à l'identification objective de la volonté des parties, sinon on ruinerait l'équilibre conventionnel même.

En définitive, peu de décisions jurisprudentielles paraissent exclure les éléments objectifs. Aussi la commune intention des parties joue-t-elle d'une manière négative, comme un cadre d'interprétation pour le juge. Elle est censée en restreindre les possibilités. Et c'est bien de la prise en compte d'éléments objectifs que dépend sa fiabilité. Cette méthode permet ainsi de garantir la symétrie entre la volonté exprimée par les parties et l'interprétation délivrée par le juge. Du reste, ainsi que l'écrit M. Bienvenu, « l'intention arrêtée par le juge n'est point la fiction qui cacherait des déductions artificiellement fabriquées mais bien le procédé rhétorique par lequel le juge consigne dans sa décision la vraisemblance reconstituée par des parties souveraines dans la détermination de leurs droits »³⁵⁶. De ce point de vue, le

³⁵¹ CE Sect., 19 nov. 1999, *Tegos*, *Rec.*, p. 356.

³⁵² Cela présuppose nécessairement, dans une approche réaliste, une première interprétation puisque le sens à donner au texte, aussi limpide puisse-t-il être, requiert toujours l'intervention de l'interprète. La question posée n'est donc pas « faut-il interpréter ? », mais « quels sont les éléments à prendre en considération pour interpréter ? ». Ici, la clarté de la signification donnée au texte résulte d'éléments objectifs.

³⁵³ CE, 11 juill. 2001, *Dupuis*, *Rec.*, p. 362 ; CE, 29 juill. 2002, *Mme X*, *req.* n° 235575 ; CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Raichheld et Sturtzer*, *Rec.*, p. 128 ; CE, 30 mai 2007, *Mme A*, *req.* n° 284830.

³⁵⁴ CE, 5 févr. 1971, *Régie mixte des transports toulonnais*, *Rec.*, p. 115.

³⁵⁵ CE Sect., 10 avr. 1992, *Société nationale des chemins de fer français*, *Rec.*, p. 168. Cette décision s'inscrit dans le droit-fil d'un arrêt rendu cent ans auparavant : CE, 18 nov. 1892, *Lelubez*, *Rec.*, p. 781.

³⁵⁶ J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, 1999 (n° 28), p. 11.

juge est chargé de restituer la volonté des parties³⁵⁷. Mais son pragmatisme peut altérer cette approche de la matière. Alors transparait son pouvoir créateur au-delà de l'interprétation des clauses. Non seulement, cette méthode s'applique pour l'identification des stipulations obligatoires d'une convention, mais il s'agit même de sa première application. Puisque pour déterminer l'étendue de l'obligation, encore faut-il s'assurer au préalable que les parties avaient l'intention de s'obliger. Voilà pourquoi le juge assume une fonction cruciale pour l'établissement de la distinction entre les contrats et les conventions d'administration.

257. Conclusion de section. La mise en œuvre de la différenciation entre les stipulations impératives et les stipulations directives résulte de l'intervention de multiples acteurs. À la perception simplificatrice d'une détermination des clauses par les parties s'est substituée une situation passablement confuse. Il arrive ainsi que ce processus soit tributaire de l'intervention du législateur. Parfois, la détermination des clauses est due aux actions dispersées de l'administration centrale. Et enfin, une confusion peut provenir de la volonté des parties souhaitant limiter la teneur de leurs engagements, notamment pour réduire leur responsabilité. La détermination des conventions d'administration ne résulte pas ainsi d'une situation objective préexistante. Elle se situe à la confluence des volontés des différents acteurs juridiques dont les discours ne se s'accordent pas nécessairement. Au demeurant, si l'appréciation du juge administratif semble articulée autour d'une méthode d'interprétation bien établie, cela ne saurait masquer ses difficultés, fort logiques, pour envisager toutes les conventions de l'administration. À cet égard, il faut rappeler que l'intervention du juge demeure l'exception, surtout s'agissant des conventions d'administration. Ces dernières sont, en principe, évincées du contentieux en raison de leur nature. Quoi qu'il en soit, le fait que la distinction entre les actes conventionnels intéresse plusieurs acteurs ne doit pas affecter l'utilité de la construction théorique. Seulement, son application est rendue plus délicate en raison de cette circonstance.

258. Conclusion de chapitre. Une analyse normative des actes conventionnels permet une différenciation tangible entre les conventions contractuelles et les simples conventions d'administration. C'est bien au contenu qu'il faut se reporter pour se prononcer sur la nature de l'acte, au caractère impératif ou non de ses énoncés. De la transposition des techniques de classification appliquées aux actes unilatéraux, il est possible d'escompter une plus grande lisibilité de l'action conventionnelle

³⁵⁷ D. TRUCHET, « La volonté des parties », in Ch. Bréchon-Moulènes (dir.), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Association pour le droit public de l'entreprise, Dalloz, 1985, pp. 152-153.

des personnes publiques. En conséquence, il est possible de préciser l'affirmation de M. de Béchillon selon laquelle « l'idée de convention suppose que les partenaires considérés soient munis d'un pouvoir de décision, qu'ils apparaissent comme autant d'autorités « normatrices », qu'ils *statuent* tous deux »³⁵⁸. Cette supposition relative à la validité des actes conventionnels ne vaudrait, dans la présente classification, que pour les seuls contrats. Car le dessein des parties à une convention d'administration n'est pas de *normer*. Les auteurs de l'acte visent l'établissement de directives qui ne contiennent aucune impérativité. Dans une approche kelsénienne, ces dernières ne constituent donc pas d'authentiques normes. Autant on ne saurait contester la justesse de cette affirmation pour les contrats. Autant elle s'avère inutilisable pour les conventions d'administration.

259. D'un point de vue pratique, la distinction d'ordre normatif proposée rend toute sa flexibilité à l'action administrative contemporaine. Pour l'heure, les qualifications de certaines conventions retenues par le juge sont parfois trop fictives pour être convaincantes. La jurisprudence administrative paraît, dans certains cas, inadéquate au vu de l'action conventionnelle des personnes publiques. Soit elle exclut ces actes du droit et les prive de garanties juridiques. Soit elle les assimile à des contrats et méconnaît alors la notion d'obligation. La solution proposée par la présente étude ajouterait à ce raisonnement une troisième possibilité. Elle permettrait de traduire l'existence d'actes qui, en dépit de leur nature conventionnelle, ne sont pas de véritables contrats. Reconnaître l'existence de ces manifestations paraît nécessaire. Mais une telle systématisation ne signifie pas qu'il faudrait ignorer la gradation qui existe parmi les stipulations. Elle en tient compte malgré l'apparente rigidité de la classification proposée. En l'absence de codification, il revient au juge de préciser une division en prenant en considération la conclusion d'actes juridiques dont les stipulations ne sont pas impératives. Au demeurant, cette clarification n'aura selon toutes vraisemblances que des conséquences contentieuses assez modestes. Cela pourrait précisément inciter le juge administratif à faire évoluer sa jurisprudence.

260. Une telle consécration serait-elle le signe d'un nouveau « déclin du droit » ? Cette perception pessimiste des évolutions du droit mérite d'être écartée. Tout d'abord, parce que la distinction au sein des actes conventionnels intéresse moins le droit que la norme. Et, par ailleurs, il s'agit précisément ici de mieux identifier la norme en séparant les stipulations directives des stipulations impératives. Ensuite, l'idée d'un déclin doit être écartée parce que les conventions d'administration

³⁵⁸ D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 18.

suggèrent plutôt un perfectionnement des techniques d'administration. Elles peuvent être perçues comme un progrès. Mais pour cela encore faut-il en encadrer l'utilisation. Ignorer ce phénomène pourrait conduire à une rupture entre la théorie juridique et la réalité administrative. Cela présente « un risque, qui d'ailleurs n'est pas propre au droit administratif : la constitution de système normatifs issus de la pratique et très éloignés des règles posées par les autorités compétentes »³⁵⁹. Dès lors, si la jurisprudence s'attache bien aux réalités concrètes, plus qu'aux constructions doctrinales³⁶⁰, le Conseil d'État ne peut continuer à feindre de croire que toutes les conventions constituent des contrats. L'exploration de nouveaux procédés d'administration ne doit pas être abandonnée au non-droit. Car, négligée par le juge, une part importante de la production juridique risque, à terme, d'échapper à la matière.

³⁵⁹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2009, p. 292.

³⁶⁰ B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 77 : « quand on considère le flot tourmenté des décisions qui en quelques années font et défont ce qu'on appelle, après coup, jurisprudence, on a le sentiment que le juge administratif reste étranger à ces inquiétudes doctrinales. Ses arrêts contrarient des théories générales ou démentent des notions fondamentales, nul d'ailleurs n'en tient rigueur à *une juridiction qui s'attache moins à élaborer des concepts ou des règles qu'à résoudre, au jour le jour, des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit* » (nous soulignons).

Conclusion de titre

261. L'analyse structurelle des actes conventionnels permet d'établir une distinction entre eux fondée sur un critère matériel. En définitive, la forme revêtue par toutes les actions conventionnelles des personnes publiques n'offre pas, quant à elle, d'éléments probants dans cette perspective. Son apport se situe à un autre niveau. Une analyse formelle permet souvent, en effet, de distinguer de manière satisfaisante les actes conventionnels et unilatéraux. Plus précisément, la mise en exergue de la réciprocité qui caractérise les conventions fournit un critère pertinent de différenciation. Cela ne saurait toutefois exclure l'application d'autres méthodes. Il est en particulier certain que la qualité des auteurs de l'acte donne, aujourd'hui encore, de bons résultats. Pour cette raison, il semble logique de la maintenir en tant qu'élément d'identification des actes conventionnels. Mais il arrive parfois que ne découle pas de l'analyse de la qualité des auteurs un résultat indiscutable. Dès lors, le recours à la réciprocité s'avère utile pour trancher les difficultés de qualification. Celle-ci confère par ailleurs une unité à une catégorie générique regroupant tous les actes conventionnels.

En dépit de cette unité formelle, il est possible d'envisager une nouvelle subdivision catégorielle. Cette ramification s'opère sur un plan matériel. La notion de convention d'administration se caractérise, en effet, au moyen d'un examen du contenu des stipulations. C'est-à-dire qu'elle requiert une analyse intrinsèque, relative à la teneur des actes. Alors que les contrats comportent des énoncés impératifs, dans la mesure où leurs clauses créent, par principe, des droits et obligations à l'égard des parties, tel n'est pas le cas des conventions d'administration. Leurs stipulations ne prévoient que des objectifs à atteindre ou des projets à réaliser. En cela, elles ont certes pour finalité générale de diriger l'action publique. Mais, par définition, elles ne contiennent pas d'énoncé impératif. Cette particularité est loin d'être anodine. Elle justifie pleinement qu'une catégorie d'actes conventionnels soit créée par opposition à celle des contrats. En tout cas, il ne paraît guère satisfaisant de confondre toutes ces manifestations, quand bien même des dissemblances seraient ponctuellement re-

levées. On ne saurait en particulier se contenter de souligner, au cas par cas, l'imprécision de certains énoncés pour écarter les effets contractuels d'un acte pourtant qualifié de *contrat*. Il serait préférable de revenir à une conception plus stricte de cette notion. C'est bien dans cette perspective que se situe la systématisation des conventions d'administration. Une telle entreprise ne présenterait guère d'intérêt si elle n'avait pour effet de soustraire de la catégorie contractuelle des actes qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques. Et, parmi ces dernières, la première est bien, dans une approche normativiste, la présence d'énoncés impératifs.

Sans doute faut-il apporter un certain nombre de tempéraments à la distinction proposée. Une séparation nette entre les actes conventionnels pourrait sembler artificielle. Comment, en effet, ne pas tenir compte de la diversité des procédés ? Comment prétendre classer tous ces phénomènes en deux catégories ? Ces difficultés ne sauraient être négligées. Et il est vrai que d'autres présentations du droit positif, fondées par exemple sur une perception graduelle des actions conventionnelles, pourraient être données. Peut-être seraient-elles tout aussi juste que la thèse soutenue ici. Malgré tout, il semble que la distinction d'ordre normatif soit, à la fois, la plus simple et la plus efficiente. Elle est en outre confortée par une analyse fonctionnelle des conventions d'administration.

Titre 2

Une autonomie fonctionnelle affirmée

262. Aborder les conventions d'administration sous l'angle fonctionnel n'implique pas de réfuter les développements précédents. À l'inverse de ce que pourrait laisser penser une lecture stricte du concept de notion fonctionnelle, cette approche permet seulement de confirmer l'autonomie structurelle de cette catégorie par rapport à celle de contrat. Et disons d'emblée que les conventions d'administration ne se réduisent pas à une simple notion fonctionnelle car elles ne se résument pas à une unité de fonction¹. Ainsi, contrairement à la conception vedélienne, le choix de cette analyse ne suppose pas l'existence d'un obstacle logique pour définir les éléments conceptuels de cette notion². C'est d'ailleurs précisément l'objet du titre premier. Il ne s'agit donc pas d'une étude palliative mais confirmative. Il faut dès lors écarter l'approche exposée par Georges Vedel. Du reste, si l'idée de notion fonctionnelle a prospéré, c'est au prix d'une ambiguïté sémantique eu égard à sa polysémie³. Mais surtout, de solides motifs incitent à douter désormais de la per-

¹ V. sur cette question, les linéaments rédigés par Georges Vedel, G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, doct., 682 : « Toutes les branches du droit et particulièrement du droit administratif possèdent ou ont possédé des catégories que l'on est en peine de définir logiquement. En tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence. Pourtant, si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la *fonction* qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle » (souligné dans le texte). V. aussi, G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, doct., 850 : « elles (les notions fonctionnelles) procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité ».

² V. not., M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, spéc. pp. 367-368 et p. 371 : « Que les catégories ne doivent être ni rigides, ni immuables, j'en conviens ; mais qu'il n'y en ait pas, - ou, ce qui revient au même, qu'elles ne correspondent pas à des concepts définis, c'est ce qu'il est impossible d'admettre sans renoncer à toute méthode dans le raisonnement juridique ».

³ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFD*, 2009, pp. 643-644.

tinence de cette perception⁴. Au vu de ces critiques, les conventions d'administration ne sauraient apporter une nouvelle illustration d'une notion fonctionnelle au sens stricte. Elles permettent simplement de souligner que, comme toute notion juridique, leur existence se trouve justifiée par l'utilité de la fonction qu'elles remplissent. La mise en exergue de cet aspect permet d'affermir la distinction entre les contrats et les conventions d'administration. C'est en ce sens que l'on recourt à l'expression d'*autonomie fonctionnelle*.

263. L'élaboration de la catégorie des conventions d'administration puise des justifications complémentaires dans les fonctions qu'assurent ces actes. Par delà les multiples intérêts que présentent les conventions d'administration, dont une fonction évidente de formalisation de négociations portant sur l'action administrative, celles-ci exercent une *fonction substitutive* par rapport au contrat. Il arrive en effet que les parties rencontrent un obstacle théorique pour la conclusion d'un contrat et que la passation d'une convention s'avère malgré tout souhaitable. Lorsqu'une telle situation se présente, la signature d'une convention d'administration permet de contourner cette difficulté. En raison de ses caractéristiques, cet acte concilie certains impératifs théoriques avec les exigences pratiques. De sorte que là où le contrat est interdit, la convention d'administration peut être opportunément autorisée. Elle empêche alors une possible annulation juridictionnelle, voire même un éventuel constat d'inexistence.

Plus précisément, il arrive que l'utilisation du contrat soit perçue comme un « prolongement »⁵ des modes d'action traditionnels de la puissance publique. La conclusion d'une convention d'administration s'opère, quant à elle, tantôt en complément, tantôt en remplacement du contrat. Cette latitude offerte aux parties n'est pas anodine. Elle permet de résoudre un paradoxe. Dans la dernière de ces hypothèses, la nécessité de recourir au contrat se heurte à l'impossibilité théorique d'en user. Les conventions d'administration, parce qu'elles emportent de moindres effets, peuvent alors servir de substituts. Ce palliatif est imparfait à quelques égards et apparaît comme un savant compromis. Il permet néanmoins d'introduire le procédé conventionnel sans jamais menacer deux impératifs théoriques à l'égard desquels des accommodements ne sont guère envisageables. Il est possible d'effectuer ce constat à un double niveau. Soit l'impossibilité qui frappe la conclusion d'un contrat se rap-

⁴ *Ibid.*, pp. 647-650.

⁵ G. MARCOU, « introduction », in G. MARCOU, F. RANGEON et J.-L. THIÉBAULT (sous dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 35.

porte aux parties, c'est-à-dire aux sujets qui passent une convention. Soit l'obstacle théorique tient dans l'objet même de l'acte conclu. Dans ces deux cas, les conventions d'administration servent à neutraliser les empêchements d'ordre théorique.

264. L'autonomie fonctionnelle des conventions d'administration résulte ainsi d'examen convergents portant sur les sujets et les objets. Cette opposition classique au sein de la pensée cartésienne permet, dans son acception juridique⁶, de fonder une distinction fructueuse. Une telle analyse complète celle proposée, dans les développements précédents, à partir d'un critère matériel. Pour l'exposer de manière logique, il convient d'envisager, d'une part, l'autonomie des conventions d'administration au regard des sujets (Chapitre 1) et, d'autre part, au regard des objets (Chapitre 2).

⁶ V. sur ce point, Ch. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 9 et s.

Chapitre 1

L'autonomie au regard des sujets des conventions

265. La possibilité de conclure des conventions entre des entités relevant d'un même sujet de droit est un besoin pragmatique. En effet, la complexité intrinsèque des personnes morales de droit public¹ conduit à l'édification de nombreux actes internes. Ceux-ci contribuent à perfectionner l'administration des services et peuvent être des actes unilatéraux ou conventionnels². Mais, sous l'influence des doctrines contemporaines relatives à la gouvernance publique³, les conventions sont parfois présentées comme des moyens plus adéquats que les mesures d'ordre intérieur traditionnelles. Et d'une façon générale, « le développement du contrat est perçu comme le signe emblématique de la rénovation de l'organisation administrative et de la mo-

¹ V. par ex., J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 129 et s. La conclusion de conventions entre services relevant d'une même personne morale concerne essentiellement l'État. La complexité de ce sujet juridique, dont le morcellement progressif (B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 293) ne s'est pas démenti, justifie ces procédés singuliers. Néanmoins, ces pratiques ne sont pas théoriquement bornées à l'État. Elles peuvent se retrouver dans d'autres situations, bien que cela soit peu le cas dans les faits.

² V. par ex., É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887-1888, réimp., LGDJ, 1989, t. 1, p. 610. L'auteur manifeste une hésitation concernant l'acte d'affectation d'un bien, qui requiert la participation de plusieurs ministres : « ces sortes d'affectation sont des actes d'administration intérieure qui n'ont point, en général, un caractère contractuel » (nous soulignons). Quelques années plus tard, un autre auteur y percevra des actes d'apparence contractuelle (E. BAUDOT, *Recherches sur les rapports entre Administrations publiques en droit administratif français*, th., EDG Thomas, 1913, p. 145).

³ Même si cette influence ne donne lieu qu'à une contractualisation constituant une « version appauvrie de ce modèle » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 35, 2^{ème} éd., 2004, spéc. pp. 83-84). V. not., A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, pp. 1133-1134 ; D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration communautaire », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 148 ; H. ZEGHBIB, « Le contrat dans l'action publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 605. Plusieurs rapports recommandent l'usage de l'instrument conventionnel au sein des administrations, par ex. : Rapport, H. SÉRIEYX (dir.), *L'État dans tous ses projets*, La documentation française, 1994, p. 150, recommandation n° 28.

dernisation de l'action et de la gestion administrative »⁴. Voilà pourquoi « le Conseil d'État estime possible et souhaitable de reconnaître à une personne publique la faculté de conclure avec elle-même des conventions et non pas des contrats »⁵. Cette opinion suggère, à juste titre, une distinction d'ordre fonctionnel entre les actes conventionnels. Car une telle recommandation repose nécessairement sur l'idée de substitution. Elle se résume ainsi : là où un contrat ne peut être conclu, il faudrait admettre la passation d'actes conventionnels non-contractuels. Cette proposition demeure cependant très prudente quant aux modalités juridiques.

266. De telles précautions sont compréhensibles tant ces pratiques rencontrent d'importants obstacles théoriques liés à la personnalité juridique dont disposent les sujets de droit⁶. En principe, la conclusion d'un acte conventionnel exige au moins la présence de deux sujets distincts. Autrement dit, doit correspondre à chaque partie une personne juridique, laquelle doit être différente de celle des autres parties signataires. Il ne suffit donc pas de constater la participation de plusieurs entités. Encore faut-il qu'elles puissent être analysées comme autant de sujets de droit. Cette règle élémentaire fait l'objet d'un large consensus au sein de la doctrine. De droit public comme de droit privé, les auteurs soutiennent généralement que « le contrat résulte encore et toujours de la rencontre de deux volontés »⁷. Au surplus, le Conseil d'État a lui-même fait sien ce principe dans un avis très explicite rendu le 6 mars 1958⁸.

Dès lors, cette règle apparaît profondément et durablement ancrée au sein de la théorie des conventions. Pourtant, le recours, de plus en plus fréquent, aux actes conclus entre services d'une même personne juridique oblige à la reconsidérer⁹. D'ores et

⁴ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 9.

⁵ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 252.

⁶ V. not. sur ces distinctions, M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, spéc. p. 121.

⁷ B. LEFEBVRE, « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 375 (nous soulignons). V. égal., parmi de nombreuses illustrations et sous diverses formulations, H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 63 ; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 1951, p. 47.

⁸ CE, Avis, Sect. trav. pub., 6 mai 1958, n° 274337, *GACE*, 1^{ère} éd., 1997, p. 674. Selon les termes de M. Rolin, faisant vraisemblablement référence à un autre avis, « il y a quand même un ou deux aspects sur lesquels, me semble-t-il, il y a un blocage de ce constructivisme de la part du Conseil d'État, notamment dans la matière contractuelle. Un avis de 1948, qui n'a jamais été démenti ensuite et il me semble que la pratique administrative le maintient vivant, dit qu'on ne peut pas passer de contrat si on n'est pas doté de la personnalité juridique » (F. ROLIN, Intervention au débat, in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 117) ; v. égal., F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997, p. 360.

⁹ V. en ce sens, A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1131 : « les relations internes à l'Administration ne peuvent, par nature, donner lieu à la signature de contrat ».

déjà, deux réserves méritent d'être émises. D'une part, il faut faire preuve de vigilance à l'encontre des accords dont la portée reste symbolique¹⁰. Mais ce constat ne préjuge pas de l'existence de véritables conventions d'administration. D'autre part, il ne s'agit que de méthodes circonscrites aux services. Elles n'emportent souvent que des conséquences limitées au fonctionnement interne des administrations. Cela ne saurait toutefois constituer un motif suffisant pour les ignorer. Phénomène très important en pratique – qu'il serait d'ailleurs illusoire de chercher à quantifier – il est susceptible de créer des situations qu'il convient de consacrer, et surtout de préserver contre un arbitraire intérieur. Mais, bien plus, il permet de comprendre une facette de l'autonomie fonctionnelle des conventions d'administration, celle relative aux sujets.

267. Pour ce faire, il convient de déterminer ce que recouvre la notion de sujet de droit car de multiples définitions sont établies par la doctrine. La plupart du temps, elles sont valables théoriquement mais impliquent diverses conséquences. Qualifier un sujet de droit consiste, d'une façon générale, en un processus de volonté visant à attribuer certaines qualités à une entité¹¹. Cette dernière doit disposer de la personnalité juridique¹², qui suppose plusieurs caractères regroupés sous le concept générique de capacité à être titulaire de droits ou d'obligations¹³. Discutant la doctrine naturaliste, Léon Michoud estime ainsi que « pour la science du droit, la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un *sujet*

¹⁰ En particulier lorsqu'il s'agit d'actions unilatérales concertées. V. par ex., le protocole d'accord conclu le 31 janv. 2007 entre le ministère de la défense et le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche.

¹¹ Ch. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 22 : « Les *sujets de droit* n'existent qu'en droit, ils possèdent une existence institutionnelle, propre et irréductible aux êtres qui peuvent leur servir de support physique. On peut les créer ou les annihiler (« abroger leur existence ») à volonté, mais à condition de suivre certaines règles d'interprétation de la réalité, reconnue officiellement comme juridique. On n'est pas un *sujet de droit* en vertu de certaines propriétés intrinsèques, on le devient par l'opération de cette interprétation juridique, qui a pour effet qu'on existe *en tant que sujet de droit* » (souligné dans le texte).

¹² S'agissant particulièrement de l'État, L. MICHOD, « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 208. V. égal., L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 4^{ème} éd., 1923, rééd. Panthéon-Assas, 2007, p. 27 (puis l'auteur réfute cette thèse, pp. 28-31) ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, pp. 170-191. V. égal., *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007. S'agissant des rapports conventionnels au sein des administrations, A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1131.

¹³ Cette définition est globalement admise : v. not., Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 448 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 819 et s. ; F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997, pp. 179-185. Elle ressort de rares décisions juridictionnelles : v. s'agissant de la nécessité pour une fédération sportive d'être déclarée pour disposer d'une capacité juridique et recevoir ainsi un agrément ministériel, CE, 19 juin 2009, *Fédération française de full contact et disciplines associées*, *Rec.*, tab., (à paraître). V. pour certaines situations dans lesquelles le juge fait exception à ce principe pour de pures raisons d'opportunité, A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009, pp. 502-504.

de droit, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, – rien de plus, rien de moins »¹⁴. Il s'agit, ni plus ni moins, de conférer une « qualité abstraite, que chaque civilisation attache aux réalités qu'elle juge dignes de la protection du droit »¹⁵. À cet égard, il est classique d'opposer cette qualification à celle de chose¹⁶.

268. Une difficulté tient néanmoins dans la diversité des interprétations doctrinales. En effet, les auteurs ne s'accordent pas sur les éléments que recouvre la personnalité juridique. La littérature de droit privé y distingue traditionnellement la capacité de jouissance de la capacité d'exercice. Mais il arrive qu'elle soit entendue plus strictement. Puisque la notion de personnalité juridique implique la possibilité de se voir attribuer des droits et obligations, la capacité peut être réduite au sens d'aptitude à l'exercice¹⁷. Autrement perçus, les sujets sont parfois présentés sous l'aspect d'une trilogie regroupant le « sujet-proprétaire », le « sujet-auteur » et le « sujet-responsable »¹⁸. Sans se prononcer pour l'une de ces classifications, deux d'entre elles permettent d'appréhender l'autonomie subjective¹⁹ des conventions d'administration. À la différence de l'auteur d'un acte administratif unilatéral, les signataires d'un acte conventionnel sont également les destinataires de ses stipulations²⁰. Un tel constat permet de les analyser comme des « sujets-auteurs ». Or cette situation soulève évidemment plusieurs difficultés s'agissant de leur capacité conventionnelle. Il autorise également à envisager les signataires comme des « sujets-destinataires », hypothèse dans laquelle la capacité patrimoniale constitue un obstacle à la conclusion de contrats.

¹⁴ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. Troabas, 1924, p. 7.

¹⁵ J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « précis », 20^{ème} éd., 2004, p. 42.

¹⁶ Cl. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 5^{ème} éd., 1979, p. 82 et s.

¹⁷ V., en ce sens, J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^{ème} éd., 2008, pp. 231-236.

¹⁸ Ch. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, pp. 14-24.

¹⁹ L'acception retenue du subjectivisme se limite à la perception des phénomènes juridiques par le prisme des sujets de droit. V. une approche similaire, J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 4.

²⁰ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 419. V. impl., H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 141 : « le fait de passer un contrat est un acte qui n'entre dans le contenu d'aucun droit ou obligation des parties en présence. Celles-ci ne sont pas juridiquement obligées de passer un contrat, elles n'ont pas non plus de droit subjectif à cet effet ; elles acquièrent des droits subjectifs et sont soumises à des obligations juridiques une fois le contrat passé. Elles ont toutefois la capacité juridique de passer le contrat » (nous soulignons).

269. En tout cas, la conclusion d'un acte, qu'il soit un contrat ou une convention d'administration, répond à un processus identique. Ce dernier suppose l'expression de volontés procédant de capacités distinctes. L'existence de conventions passées par des organes agissant au nom d'une même personne juridique se heurte donc à cette exigence. Dans cette hypothèse, les parties ne disposent pas d'une capacité conventionnelle propre. Elles sont censées conclure l'acte au profit de la même personne. C'est dans cette schizophrénie de la personne juridique que réside l'obstacle le plus ardu à franchir. La conciliation entre les besoins pratiques et les exigences théoriques impose de reconnaître aux parties certaines attributions habituellement attachées à la personnalité juridique. Cet octroi devrait toutefois rester limité. Ainsi pourrait-il justifier une dissociation entre la capacité conventionnelle et la capacité contractuelle.

270. Constatant que des entités peuvent parfois conclure une convention d'administration sans pouvoir conclure un contrat, cela invite à disjoindre ces catégories. Pour y parvenir, il convient de se focaliser sur les sujets des actes. La pratique administrative incite, en premier lieu, à isoler une capacité conventionnelle (Section 1). Elle oblige, en second lieu, à comprendre les modalités d'attribution de cette dernière aux services administratifs (Section 2).

Section 1 : L'identification de la capacité conventionnelle des sujets

271. Du point de vue subjectif, l'autonomie des conventions d'administration réside essentiellement dans l'existence d'une capacité conventionnelle distincte de celle nécessaire pour la conclusion d'un contrat. Une approche simple aurait pu consister à lier ces deux habilitations, ces dernières seraient indissociables et même confondues. Un sujet capable de conclure un contrat pourrait alors fort bien passer une convention d'administration. D'autant que cette dernière emporte toujours de moindres conséquences. Autrement dit, qui peut contracter pourrait *a fortiori* convenir. Sans être fausse, cette idée est imparfaite. Elle ne tient pas compte des différences fondamentales entre la possibilité de former une simple convention d'administration ou un contrat. Certes, comme la capacité contractuelle, la capacité conventionnelle ne se confond pas avec la compétence juridique. Un tel constat peut d'ailleurs expliquer la perception unitaire de l'aptitude à conclure une convention. Cette proposition rejoint une problématique plus générale, qui suscite encore de vives discussions (Sous-section 1). Il n'en demeure pas moins qu'elle apparaît dissociable de la capacité contractuelle. Pour des motifs pratiques et théoriques, une disjonction de ces aptitudes

est souhaitable (Sous-section 2). L'étude des « sujets-auteurs », combinée à celle des « sujets-destinataires », fournit ainsi un élément déterminant pour comprendre l'autonomie fonctionnelle des conventions d'administration.

Sous-section 1 : La distinction entre capacité conventionnelle et compétence

272. La confusion entre la capacité pour conclure un contrat et celle permettant la passation d'une convention d'administration paraît liée à la préoccupation de la doctrine administrativiste pour la compétence²¹. Cette dernière prédomine largement au sein de la littérature de droit public²². La perspective conventionnelle permet, au contraire, de remarquer qu'elles sont toutes deux nécessaires pour apprécier la validité d'un acte. Une complémentarité qui est justifiée par les rôles distincts joués par ces deux notions en droit positif. Intervenant à différents égards, elles sont d'ailleurs appréciées de manière sensiblement différente par le juge administratif.

Les auteurs de droit public envisagent, de façon courante, la capacité non pour elle-même mais en la confrontant à la compétence. Il ressort de cette approche de multiples théories que l'on peut classer en deux groupes. D'une part, certaines théories sont analogistes puisqu'elles postulent un rapprochement entre capacité et compétence sous diverses formes. Parmi celles-ci, aucune ne paraît pertinente pour expliquer la faculté de conclure des conventions (§1). D'autre part, capacité et compétence sont assez fréquemment combinées pour rendre compte de la complexité de la procédure conventionnelle. Cette doctrine est à l'inverse particulièrement convaincante dans le cadre de la présente étude (§2).

²¹ Il ne s'agit ici que d'étudier les phénomènes juridiques, d'autres approches sont néanmoins valables (v., par ex., É. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence*, Colloque AFDA, Litec, 2008, p. 33).

²² À cet égard, il est symptomatique qu'une thèse consacrée à la compétence liée, et du reste volumineuse, n'évoque jamais la capacité des sujets (v. sur ce point, L. DI QUAL, *La compétence liée*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 59, 1964). Parallèlement, l'auteur d'une thèse sur les sources de droit privé des contrats administratifs ne fait qu'évoquer la capacité contractuelle au début d'un chapitre consacré à la « formation des contrats administratifs » (J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp. 400-495). Et lorsque la capacité est évoquée, il s'agit la plupart du temps de celle liée au sujet qui a convenu avec l'administration, v. not., S. BRACONNIER, « Formation du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 610, 2000, n° 55-84.

§1. Le rejet des théories analogiques

273. Les notions de compétence et de capacité sont suffisamment proches pour induire en erreur. De façon logique, elles appellent des comparaisons²³, lesquelles conduisent parfois à assimiler ces termes. Il peut s'agir d'une assimilation fondée sur le rôle semblable joué par la capacité pour les personnes privées, et par la compétence pour les personnes publiques (a). Cela suppose évidemment de borner au préalable leur application à un seul ordre juridique. Il arrive aussi que capacité et compétence coexistent dans la doctrine publiciste mais soient perçues comme recouvrant une utilisation identique (b). Dans chacune de ces hypothèses, l'assimilation proposée n'emporte pas la conviction et doit être rejetée.

a) L'analogie fonctionnelle liée au dualisme juridique

274. Les discours doctrinaux sur l'aptitude à conclure des actes conventionnels ont longtemps présenté la compétence et la capacité comme antithétiques. En somme, l'existence de l'une dans un système donné impliquait l'exclusion de l'autre. La capacité est ainsi restée cantonnée à des situations visant des personnes privées et la compétence circonscrite aux administrations publiques. Parce qu'elles assurent des fonctions analogues, c'est-à-dire habiliter les parties²⁴, ces notions ne pouvaient coexister au sein du même ordre juridique. Pour la conclusion d'une convention, l'identification d'une compétence semblait donc suffire concernant les autorités administratives.

Bien que conduisant à un résultat identique, deux courants analogistes doivent ici être distingués, car ils se fondent sur des motifs différents. Le plus souvent, si elles revêtent des fonctions analogues, capacité et compétence ne recouvrent pas la même signification (1^o). Plus rarement, l'analogie fonctionnelle peut s'accompagner d'un rapprochement des sens (2^o). Mais, en ce cas, une distinction est souvent opérée s'agissant des régimes juridiques. Diverses critiques ont déjà affecté cette présentation traditionnelle. À celles-ci s'ajoute aujourd'hui le développement des conventions conclues au sein d'une même personne. Ce phénomène incline à repenser la place de la capacité conventionnelle en droit administratif. En tout état de cause, il invite à écar-

²³ V. par ex., V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th., Paris II, 2000, p. 19.

²⁴ Appréhendées largement, les notions de compétence et de capacité se rapportent à « la définition d'actions envisagées comme pouvant être accomplies, comme possibles, futures et éventuelles » (Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982-1983, t. 2, p. 239).

ter toute sorte d'analogie fonctionnelle entre les notions de compétence et de capacité.

1° Fonctions analogues et significations différentes

275. Pour soutenir l'analogie fonctionnelle entre la capacité et la compétence, respectivement dans leur branche juridique, plusieurs arguments ont été avancés. Premièrement, cette distinction « traditionnelle »²⁵ trouve une explication d'ordre historique dans la construction des droits. Dans la mesure où le droit privé s'est structuré autour de l'individu, la notion de capacité y a prospéré dès le XIX^e siècle. Cette dernière recouvre ainsi essentiellement « les conditions psychologiques de l'action valable »²⁶. D'une part, plusieurs articles du Code civil témoignent du lien entre la personne humaine et la capacité juridique²⁷. Comme le relève Jean Carbonnier, « c'est un fait que, tout comme dans les *Institutes* de Justinien, il n'est question dans le Code civil, au livre *des personnes*, que des personnes physiques »²⁸. En attestent, à l'inverse, les incapacités dont peuvent être atteints les individus. Au-delà de leur « connotation pathologique »²⁹, elles soulignent bien que la notion de capacité n'a de sens que dans son opposition avec celle d'incapacité³⁰. D'autre part, un courant de pensée individualiste³¹ a contribué à l'établissement puis à l'affermissement du lien entre personne humaine et capacité. La littérature juridique suggère d'ailleurs toujours la primauté légitime de l'individu dans l'étude des sujets de droit privé³². Une telle approche de la

²⁵ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 371.

²⁶ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982-1983, t. 2, p. 244. Sans y consacrer des développements particuliers, Charles Eisenmann renvoie implicitement à cette acception de la notion de capacité.

²⁷ Une énumération serait ici particulièrement superflue, puisque la plupart des dispositions pourraient être citées. Il suffit de noter l'approche adoptée dans le livre premier du code civil intitulé « des personnes ».

²⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Thémis », 1955-1956, coll. « Quadriges », 2004, p. 694 (souligné dans le texte).

²⁹ *Ibid.*, p. 375.

³⁰ Cela justifie que l'auteur d'une étude concise estime que la « capacité n'appelle que peu d'observations particulières » et concentre son propos sur les incapacités (J. HAUSER, *Les contrats*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^{ème} éd., 2002, pp. 45-46). V. égal., B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2009, pp. 67-70 ; Ch. SMILER, « Contrats et obligations. Capacité de contracter », *J.-Cl. civ.*, 2010, pp. 1-13.

³¹ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Sujet de droit », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, spéc. p. 1453.

³² La présentation de plusieurs ouvrages classiques est révélatrice, les développements relatifs aux personnes morales y sont très minoritaires. V. not., J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. « Thémis », 1955-1956, coll. « Quadriges », 2004, pp. 375-692 (sur les personnes physiques) et pp. 693-748 (sur les personnes morales) ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 12^{ème} éd., 2005, pp. 201-339 (sur les personnes physiques) et pp. 341-371 (sur les personnes morales).

capacité a pu constituer un obstacle sérieux à sa transposition en droit public. Visant des personnes morales³³, le droit de la puissance publique serait peu propice à l'intégration de cette notion s'agissant de l'administration³⁴.

Secondement, les finalités assignées à ces deux notions peuvent expliquer leur distinction³⁵. Tandis que la capacité permet à un sujet de détenir et d'exercer des droits ou de remplir des obligations, la compétence est une condition pour qu'une autorité puisse exercer une mission d'intérêt général. En d'autres termes, la première est tournée vers son titulaire, alors que la seconde comporte des enjeux plus divers. Par delà l'habilitation à prendre certains actes, il existe « le souci d'éviter l'anarchie au sein des services et, par contrecoup, à l'extérieur »³⁶. L'ambition est donc plus grande, aménageant l'action administrative, la « compétence est [...] la base de tout le droit public »³⁷. Voilà pourquoi il est possible d'affirmer que « le droit administratif est le terrain d'élection de la compétence »³⁸. Cette idée est encore corroborée par les rôles respectifs de l'incapacité et de l'incompétence. La reconnaissance d'un individu incapable, qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un majeur, procède de la volonté de protéger sa personne ou son patrimoine³⁹. « Derrière le mot d'incapacité, écrit M. Malaurie, se profile la faiblesse humaine avec toutes ses facettes »⁴⁰. À l'inverse, l'incompétence est un vice de légalité qui, en raison de sa gravité, constitue un moyen d'ordre public. Si une ressemblance est perceptible dans la fonction d'habilitation, la compétence et la

³³ V. not., A. de LAUBADÈRE, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit public », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 21, 1969, Dalloz, 1974, spéc. p. 265 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 89.

³⁴ Une telle approche est encore soutenue, V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th., Paris II, 2000, p. 337 et spéc. pp. 358-363.

³⁵ V. not., V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th., Paris II, 2000, pp. 351-357. V. aussi, J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, spéc. pp. 287-288.

³⁶ B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 2^{ème} éd., 2005, t. 2, p. 145.

³⁷ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 493. V. aussi, L. CONSTANS, *Recherches sur la notion et la classification des personnes morales administratives*, th., Dalloz, 1966, p. 12.

³⁸ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Colloque AFDA, Litec, 2008, p. 13.

³⁹ En matière contractuelle, cette finalité protectrice anime particulièrement les mécanismes de contestation de la capacité de l'une des parties. En effet, selon les termes de l'article 1125 du Code civil, « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté ».

⁴⁰ Ph. MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 213. Cependant, il faut noter que cela est particulièrement vrai concernant les incapacités d'exercice, la justification des incapacités de jouissance répondant pour sa part à divers intérêts (B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, Litec, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2007, pp. 203-204).

capacité remplissent ainsi des objectifs profondément différents. Cela pouvait justifier une séparation franche épousant les limites du dualisme juridique.

276. Ainsi opposées, les notions de compétence et de capacité sont pensées comme alternatives pour la conclusion d'un acte conventionnel. La théorie de la capacité ne jouerait donc pas pour les personnes publiques. Ainsi que le note André de Laubadère, « selon que le contractant est une administration ou un particulier, cette notion de qualité du contractant se présente soit sous la forme de la notion de *compétence*, notion de droit public, relevant de principes de droit public, soit sous la forme de la notion de *capacité*, notion toute différente, propre au droit privé »⁴¹. Cette perception implique que la qualité du sujet est appréciée différemment selon sa nature. Celle d'une personne publique doit être examinée sur le seul fondement de la compétence. Tandis que celle de la personne privée doit être circonscrite à la capacité consacrée par l'article 1108 du Code civil. Dans le même ordre d'idées, Yves Weber souligne que « compétence et capacité, en tant qu'elle exprime l'aptitude à vouloir, jouent un rôle analogue dans les conditions de formation du contrat »⁴². En attestent enfin d'autres développements de M. Auby. Pour lui, « en réalité [...] la notion de compétence est bien le pendant de celle de capacité – comme celle-ci, elle désigne la faculté d'émerger à l'activité juridique –, mais elle est porteuse des nuances que le droit public apporte à la conception des *prérogatives juridiques* qui s'inspire de la théorie traditionnelle du droit subjectif »⁴³. Autrement dit, la signature d'une convention supposerait exclusivement pour une autorité publique qu'elle détienne une compétence, et pour une personne privée qu'elle en soit capable.

⁴¹ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 140 (souligné dans le texte). V. aussi, *ibid.*, p. 215. Ce passage se retrouve du reste, sans modification, dans la seconde édition de cet ouvrage : A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 472. V. égal., J.-Cl. DOUENCE, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, p. 762 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 197-202 ; G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 190. Il est possible d'inscrire dans ce courant doctrinal les travaux de Marcel Waline. Selon cet auteur, « il faut qu'il y ait du côté du cocontractant, capacité juridique pour s'engager, et du côté de l'administration, compétence de l'agent qui a stipulé pour celle-ci » (M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, t. 1, p. 415) ; Ch. BLAEVOET, « Personnes privées et personnes publiques. Objectivité du droit public français », *JCP G*, 1950, doct., 889 ; J. GREFFE et J. PETIT, « Les contrats administratifs », in J. Petit (dir.), *Droit administratif et administration*, La documentation française, coll. « Les notices », 4^{ème} éd., 2008, p. 82 ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, th., LGDJ, coll. « BDP », 2001, t. 219, pp. 189-191.

⁴² Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 316.

⁴³ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, pp. 200-201 (nous soulignons).

277. Des critiques ont été formulées à l'encontre d'une telle approche. M. Tusseau a notamment souligné que « le dualisme des notions de capacité et de compétence repose [...] sur une argumentation peu assurée »⁴⁴. Ses commentaires incitent à renoncer à cette prétendue opposition, qui s'avère artificielle et parfois sous-tendue par l'intention des auteurs de préserver l'originalité du droit public⁴⁵. Car consacrer la capacité des personnes publiques, c'était *in fine* permettre la reconnaissance de droits subjectifs à leur profit. Or, durant la première partie du XX^e siècle, « tous assénaient [...] le dogme selon lequel le droit administratif était un droit des compétences et qu'il ne pouvait donc reconnaître des droits subjectifs »⁴⁶. Rejoignant une présentation séduisante, il faut admettre que prédomine encore en droit public « un point de vue « objectiviste », qui conduit à raisonner en terme de « compétence » plutôt que de « capacité » d'action juridique »⁴⁷. C'est dire que la notion de capacité ne pouvait qu'être cantonnée au droit privé.

Au-delà de ces ambitions, il est possible de contredire les arguments exposés plus haut. D'une part, la justification historique trouve une limite dans l'absence de hiérarchisation entre les personnes juridiques. Peu importe, en effet, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, la capacité joue de manière identique pour la conclusion d'une convention. La théorie juridique ne suggère aucune différence fondamentale, mais plutôt d'ordre procédural, entre ces acteurs du droit. D'autre part, la mise en valeur des objectifs assignés aux concepts de compétence et de capacité renvoie à la recherche de l'intention des auteurs. Or celle-ci est particulièrement délicate à effectuer : il ne semble pas toujours aisé de cerner l'objectif que souhaite promouvoir celui qui habilite. Au demeurant, l'idée d'une finalité commune à toutes les attributions de compétence ou à toute reconnaissance de capacité est discutable⁴⁸. Pour l'ensemble de ces raisons, l'analogie fonctionnelle prônée par ce courant doctrinal n'est pas pleinement convaincante. Un constat identique peut être dressé concernant les théories qui reposent sur une identité de signification.

⁴⁴ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 374.

⁴⁵ V. en ce sens, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 190 : « la compétence nécessaire pour conclure les contrats de l'Administration ne manquera pas de nous apparaître comme un problème tout à fait original ».

⁴⁶ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 25, 2003, p. 476.

⁴⁷ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, p. 181 (souligné dans le texte).

⁴⁸ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 373 : « Rien ne s'oppose à ce que l'on estime que compétence et capacité visent l'une et l'autre la promotion de l'intérêt général, ou pérennisent l'une et l'autre l'oppression de la classe dominante ». V. égal., *ibid.*, p. 378.

2° Fonctions analogues et significations identiques

278. En prenant le contrepied de la présentation précédente, constater une identité notionnelle peut légitimement persuader d'une autre identité, celle de la fonction. Peu nombreux sont pourtant les auteurs à avoir admis cette liaison. Et ce courant doctrinal semble désormais tari. Il pourrait toutefois se renouveler insidieusement dans le concept générique de norme d'habilitation. Compétence et capacité n'y sont pas nécessairement tenues pour identiques mais regroupées sous une terminologie englobante. De la sorte, elles se rejoignent par le prisme du concept de norme d'habilitation.

279. Il est possible de trouver dans la doctrine classique des défenseurs de la thèse identitaire. À cet égard, l'opinion de Gaston Jèze est très nette. Pour cet auteur, « la *compétence* de l'agent public et la *capacité* du particulier ont manifestement la même nature juridique »⁴⁹. Avant lui, Léon Duguit avait également adopté une telle position théorique. « La capacité, écrit le Doyen de Bordeaux, est donc le pouvoir de faire un acte juridique. Dans la terminologie du droit public, on emploie plutôt le mot compétence, qui est pris cependant parfois dans un sens plus large. Mais en réalité le mot compétence dans son sens restreint et le mot capacité expriment une même chose »⁵⁰. Il est surprenant de constater que le critère est, à peu de chose près, réduit ici à une préférence esthétique. Quoi qu'il en soit, ces deux affirmations suggèrent une constante au sein de l'école du service public : compétence et capacité désigneraient un même phénomène juridique. Cela n'implique pas néanmoins que ces notions soient soumises à un régime identique. Gaston Jèze s'efforce précisément de montrer que la distinction s'opérerait sur le terrain des règles applicables⁵¹.

Plus récemment, sans assimiler les notions de capacité et de compétence, M. Richer affirme que « le droit de contracter est lié pour la personne privée à la notion de

⁴⁹ G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58 (souligné dans le texte). Dans d'autres travaux, on retrouve la fonction de la compétence pour la conclusion de contrat par les personnes publiques, qui remplit celle de la capacité pour les personnes privées. V. G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 1, Marcel Giard, 3^{ème} éd., 1925, rééd. Dalloz, 2005, p. 7 : « la capacité, la compétence, c'est le pouvoir de vouloir un effet juridique. L'exercice de ce pouvoir de vouloir, c'est la manifestation de volonté, c'est l'acte juridique » ; v. aussi, G. JÈZE, *Cours de droit public. Théorie générale des contrats de l'administration, formation et exécution*, Marcel Giard, 1931, p. 2 et s.

⁵⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, p. 355.

⁵¹ G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58 et s.

capacité, pour la personne publique à celle de compétence »⁵². Malgré les réserves qu'il apporte, les différences terminologiques ne sont pas exagérées dans ces développements. L'auteur estime cependant, dans un autre ouvrage, que « la limitation de l'objet et l'habilitation procèdent en droit public de la notion de compétence, qui constitue une fonction d'intérêt général et non un droit subjectif »⁵³. Dès lors, on ne peut considérer sa doctrine comme inscrite dans celle de l'identité notionnelle, bien qu'elle en contienne certains stigmates⁵⁴. D'ailleurs, ce courant paraît tari. Sans doute parce que la doctrine lui a préféré une approche plus idéologique encore. Mais également parce que cette identification s'est avérée fautive d'un point de vue théorique⁵⁵.

280. Qu'elles reposent sur une identité ou sur une opposition, les doctrines bornant la capacité aux personnes privées et la compétence aux personnes publiques sont caractéristiques de discours inspirés par des considérations principalement idéologiques. Il s'agit de justifier l'originalité de chacune des branches juridiques. En conséquence, ces théories contiennent souvent des positions trop radicales pour être significatives. Elles ne permettent pas l'explication des mécanismes d'habilitation en matière conventionnelle. Voilà pourquoi certains auteurs se sont légitimement départis de cette approche. Intégrant la notion de capacité en droit public, il arrive cependant qu'ils concluent à son inutilité. Alors, une telle perception peut s'analyser comme une tentative d'analogie au sein même de l'ordre administratif.

b) L'analogie notionnelle au sein de l'ordre administratif

281. La compétence et la capacité coexistent parfois dans les écrits juridiques sans que leurs fonctions soient séparées. Adoptant une approche extensive de ces notions, certaines études les assimilent pour la conclusion des actes conventionnels. Il est alors possible d'employer l'une ou l'autre terminologie pour désigner un même phénomène. Cette approche transparaît habituellement de l'activité du juge administratif (1^o) et apparaît à l'occasion d'un renouvellement du concept d'habilitation (2^o).

⁵² L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 36. V. aussi, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 11.

⁵³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 139.

⁵⁴ En revanche, il s'agit bien d'une doctrine appartenant au courant de l'analogie fonctionnelle, puisque l'habilitation pour conclure des contrats administratifs est ensuite exclusivement envisagée sous l'angle des compétences (L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 140-150).

⁵⁵ La distinction entre les notions de compétence et de capacité est même parfois perçue comme « une évidence » (V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th. Paris II, 2000, p. 15).

1° *Une analogie habituelle*

282. Le rapport public rendu par le Conseil d'État en 2008 renvoie à une analogie habituelle dans la jurisprudence. Il énonce que « le contrat administratif conserve [...] de nombreuses similitudes avec le contrat civil »⁵⁶, et cite en guise d'exemple que « le contrat doit avoir été conclu par *un agent compétent ou ayant la capacité juridique de s'engager* »⁵⁷. Il résulte de cette affirmation deux éléments. D'une part, les notions de capacité et de compétence ne font l'objet d'aucune distinction théorique au sein de l'étude du Conseil d'État. Elles sont tenues pour synonymes et, par conséquent, sont interchangeable. Il s'ensuit qu'elles ne peuvent, en aucun cas, être combinées dans le processus de formation d'une convention. D'autre part, cette absence de différenciation est présentée comme valable pour les deux branches du droit français. De toute évidence, ce discours analogiste est marqué par un dessein simplificateur. Il tend vers l'unification des droits sur cet aspect. Compréhensible, une telle ambition peut difficilement être remise en cause. Dès lors que l'on retient une acception très étendue des notions de compétence et de capacité, cette conclusion devient incontestable. Mais cette présentation suggère surtout la volonté du juge de justifier la proximité entre les divers contrats. Peu importe leur genre, ils apparaissent toujours soumis à des règles d'habilitation, lesquelles peuvent se rapporter indifféremment à la capacité ou à la compétence. Sur ce point au moins, cette consécration renvoie aux doctrines rompant avec les thèses du dualisme juridique.

283. Ce courant demeure assez peu présent au sein de la doctrine universitaire. Le contexte du discours analogiste peut fournir une justification. Ce dernier correspond fidèlement à une perspective contentieuse. En effet, trois facteurs de l'approche juridictionnelle des conventions sont susceptibles d'expliquer cette confusion.

284. Premièrement, si l'on excepte le respect des obligations de mise en concurrence et de transparence – qui relève de la procédure – la plupart des litiges relatifs à la conclusion des conventions portent sur la compétence de l'autorité signataire. Depuis fort longtemps, le juge administratif se prononce sur la situation des personnes morales au nom desquelles il est possible de conclure des conventions, par l'intermédiaire d'organes compétents pour les représenter⁵⁸. Il est ainsi peu fréquent

⁵⁶ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 95.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 95 (nous soulignons).

⁵⁸ V. impl., CE, 2 mars 1877, *Institut catholique de Lille*, Rec., p. 221.

que soit mise en doute la capacité de la personne publique⁵⁹. Les requérants, comme le juge, présument cette partie toujours capable et il serait vain d'y fonder un moyen d'illégalité. À la différence des personnes physiques, la capacité des personnes morales présente sans doute moins de difficultés et nourrit de faibles soupçons. Dès lors, la capacité est employée plus souvent dans son acception technique, elle se rapporte au savoir-faire, que dans sa signification juridique au sein des décisions juridictionnelles⁶⁰. Ou alors elle vise l'aptitude de personnes morales de droit privé⁶¹. Ce contexte ne favorise certainement pas l'émergence d'une distinction entre les notions de compétence et de capacité. Le simple fait que le juge soit rarement confronté à une hypothèse d'incapacité rend moins nécessaire qu'une réflexion soit menée sur cette séparation.

285. Deuxièmement, la confusion entre les notions de compétence et de capacité provient des conséquences similaires pour l'acte en cas d'incompétence ou d'incapacité. Dans ces deux situations, le juge doit conclure en effet à l'annulation de la convention. Même s'il faut noter que l'acte entaché par l'incompétence d'une partie est traditionnellement frappé de nullité absolue. Tandis que celui passé par un incapable encourt en principe la nullité relative⁶². Seul un arrêt de la Cour de cassation semble avoir atténué cette différence : de manière exceptionnelle, le juge a appliqué une nullité absolue concernant un contrat signé par un incapable non assisté⁶³. Les multiples intérêts en cause expliquaient, en l'espèce, une telle inflexion jurisprudentielle. La solution était motivée par le fait que, en dehors des parties, des tiers pouvaient subir un préjudice en raison d'un contrat de mariage signé par un mineur. Au-delà de cette décision, une réserve pourrait être formulée. La présentation classique paraît valable parce que l'on cantonne la capacité aux seules personnes privées. Le juge conserverait-il une même solution concernant une personne publique ? Rien n'est moins sûr, car le respect de l'habilitation à contracter comporterait alors des in-

⁵⁹ Cela confirme le peu d'intérêt pour cette notion s'agissant des personnes publiques, A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, spéc. p. 108.

⁶⁰ V. en ce sens, CE, ord., 20 août 2004, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, Rec., p. 357 ; CE, 30 mars 2007, *Société Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL)*, Rec., p. 133.

⁶¹ CE, 31 mars 2010, *Société Zimmer Limited*, Rec., (à paraître)

⁶² A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 572-574 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 198 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 410.

⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1971, *Dame Besse c/ Besse*, Bull., Civ. I, n° 310, p. 266.

térêts supérieurs⁶⁴. Quoi qu'il en soit, la solution demeure, à chaque fois, l'annulation. Celle-ci est courante s'agissant d'un moyen d'incompétence⁶⁵. Par contre, si une telle solution ne laisse pas de doute concernant une situation d'incapacité, elle demeure introuvable dans la jurisprudence administrative. Mais, puisque l'article 1108 du Code civil énonce la capacité de contracter parmi les quatre conditions essentielles de validité des conventions⁶⁶, un acte conclu par un incapable se trouve normalement entaché de nullité. Comme pour le consentement, l'objet, ou la cause, un manquement touchant à la condition de capacité pourrait donc entraîner l'annulation de l'acte. Moins étudiée que les trois autres éléments⁶⁷, la capacité emporte toutefois des conséquences similaires, ainsi que le rappelle parfois la doctrine civiliste⁶⁸. Même s'il convient d'opérer une césure entre les incapacités d'exercice, sanctionnées par une nullité relative, et celles de jouissance, sanctionnées par une nullité absolue⁶⁹. Certes, la jurisprudence administrative ne comporte guère de précisions sur les conséquences d'une incapacité. Il résulte cependant d'un avis relatif aux contrats de transaction que, pour se prononcer sur la validité de l'acte, le juge doit vérifier que cette condition soit rem-

⁶⁴ V. not., sur cette question, Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, « Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », *JCP G*, 1973, I, 2588.

⁶⁵ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 119. V. aussi, CE Sect., 13 juill. 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics*, *Rec.*, p. 473 ; CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Citecable Est*, *Rec.*, p. 457 ; CE, 14 nov. 2001, *Société au lys de France*, req. n° 223572 : « l'article R. 252-12 du code de l'aviation civile [...] ne permettait au conseil d'administration dudit établissement public, seul compétent pour autoriser l'occupation du domaine public aéroportuaire, de déléguer une partie de ses attributions qu'à son président et que, par suite, la convention liant Aéroport de Paris à la société au lys de France, conclue par une autorité incompétente, était nulle et de nul effet ; [...] une convention entachée de nullité doit être regardée comme n'ayant jamais été conclue ».

⁶⁶ Art. 1108 du Code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation » (nous soulignons).

⁶⁷ En témoignent remarquablement l'ouvrage de Jean Carbonnier, qui ne fait mention de la capacité que « pour mémoire » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 116), ou celui de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, qui renvoie simplement à un ouvrage consacré aux personnes (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 236).

⁶⁸ V. not., J. HUET, « Détournement (bancaire) de mineurs ? (rappel des règles de capacité dans les contrats) », *D.* 1987, chron., spéc. p. 217 et 221.

⁶⁹ V. en ce sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009, pp. 114-116. Et de façon moins explicite, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, pp. 161-164.

plie⁷⁰. Si tel n'est pas le cas, comme pour l'incompétence, le contrat encourt l'annulation.

286. Troisièmement, la confusion notionnelle résulte de la nature d'ordre public de ces deux moyens d'illégalité. Envisagée sous l'angle de la compétence, la possibilité de conclure une convention est logiquement intégrée aux moyens d'ordre public⁷¹. Bien que moins explicitement, il en irait de même du moyen tiré de l'incapacité de la personne publique. Car les causes d'annulation des contrats administratifs sont, presque toujours, d'ordre public⁷², et ce même si elles connaissent un certain rétrécissement dans la mesure où le juge recherche la solution la moins dommageable pour les relations conventionnelles⁷³. Au demeurant, le Conseil d'État n'énumère pas exhaustivement ce type de moyens en matière contractuelle, ce qui autorise d'y classer l'incapacité⁷⁴. Il faut d'ailleurs noter que cette affirmation est proche de celle retenue par la littérature de droit privé⁷⁵. Bien qu'il soit vrai que les difficultés rencontrées sont parfois propres au droit administratif. À titre d'exemple, un établissement public de l'État doit être habilité afin de conclure une transaction. Cette capacité peut être prévue dans ses statuts⁷⁶ ou résulter d'une habilitation spécifique⁷⁷. En l'absence

⁷⁰ V. impl., CE Ass., Avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, Rec., p. 433 ; v. not., CAA Lyon, 7 janv. 2010, *Société Bruce Ingenierie*, CMP, 2010, comm., n° 122, note J.-P. Pietri.

⁷¹ CE Sect., 13 juill. 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics*, Rec., p. 473 : « les questions relatives à la compétence des autorités habilitées à passer les contrats au nom des collectivités publiques sont d'ordre public et ne peuvent faire l'objet de conventions entre les parties ». V. aussi, CE Sect., 7 mai 1954, *Min. des finances et des affaires économiques*, et CE, 19 mai 1954, *Consorts Givone*, AJ-DA, 1954, pp. 293-295 ; et surtout, CE, 26 févr. 1964, *Entreprise Louis Segrette et ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, Rec., p. 146 ; CE Sect., 28 janv. 1977, *Min. des finances c/ société heurtey-métallurgie*, Rec., p. 50 ; CE, 8 févr. 1999, *Commune de Cap-d'Ail*, Rec., p. 283. V. plus anciennement, « le ministre qui, au lieu de faire une transaction, fait une libéralité, est incompétent, il empiète sur le domaine du pouvoir législatif, il y a là une nullité d'ordre public qui est opposable à toute époque » (J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres c/ min. de la guerre*, S., 1894, III, spéc. p. 124).

⁷² V. en ce sens, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2006, p. 199.

⁷³ E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RFD A, 2010, p. 516.

⁷⁴ CE Ass., Avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, Rec., p. 434 : « le juge vérifie que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de cette transaction est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique intéressée une libéralité et qu'elle ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public » (nous soulignons).

⁷⁵ Car l'action administrative conventionnelle est animée par l'intérêt général. Or, malgré d'après discussions, la doctrine de droit privé admet globalement la sanction de nullité absolue lorsqu'est protégée une règle contribuant à la satisfaction de l'intérêt général (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009, pp. 105-109).

⁷⁶ CE Sect. Travaux public, Avis, 21 janv. 1997, *EDCE*, 1998, p. 184. V. égal., R. DRAGO, « Les établissements publics et la transaction », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, pp. 187-188.

d'une telle disposition, le juge administratif estimerait cette personne publique frappée d'incapacité, sans même que le moyen ne soit soulevé par les parties⁷⁸. Pour ces trois motifs, on peut en tout cas concevoir que le juge se montre favorable à une analogie notionnelle.

2° *Une analogie renouvelée*

287. Si la doctrine ne semble pas adhérer à la thèse identitaire, cette dernière resurgit implicitement sous les traits d'une conception plus subtile. Au terme d'une dissection méticuleuse de la littérature juridique, M. Tusseau propose de regrouper sous le concept de norme d'habilitation l'ensemble des hypothèses. Il parvient à la conclusion qu'une dissociation claire entre la compétence et la capacité n'est pas soutenable. Puis il affirme qu'en « remplaçant ces notions dans leur domaine respectif présumé, le concept proposé est en mesure de traiter toutes les situations de droit positif, quelle que soit la branche du droit dont elles sont censées être caractéristiques »⁷⁹. En cela, cet auteur ne s'éloigne pas tant des développements kelséniens dans la mesure où ces derniers reposent sur une acception large de la compétence afin de la rapprocher de la capacité⁸⁰.

288. Certes, les notions de compétence et de capacité renferment essentiellement des normes d'habilitation⁸¹. Mais il convient d'émettre des réserves sur l'apport de cette proposition, du moins lorsqu'elle est appliquée aux conventions. L'auteur juge qu'elle « permet de réaliser une importante économie conceptuelle »⁸². Outre

⁷⁷ V. par ex., le décret du 26 oct. 1999 autorisant l'Établissement public d'aménagement de la région de la Défense à opérer une transaction, *JORF*, 27 oct. 1999, p. 16052 ; le décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, *JORF*, 6 août 2000, p. 12234 ; le décret n° 2006-1739 du 23 déc. 2006 autorisant l'École nationale de la magistrature, établissement public administratif, à opérer une transaction, *JORF*, 30 déc. 2006, p. 20082.

⁷⁸ V. *a contrario*, CE, 23 avr. 2001, *M. X.*, req. n° 215552 : « l'autorisation donnée à l'établissement public n'avait ni pour objet ni pour effet d'approuver les stipulations du *contrat de transaction que cet établissement recevait la capacité de conclure* » (nous soulignons).

⁷⁹ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 380.

⁸⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 141 : « Quand une norme détermine l'action d'un individu comme une condition ou une conséquence juridique, cela signifie que cet individu est seul « capable » d'accomplir l'action ou de s'en abstenir : il est seul « compétent » (au sens l'arge du terme) ».

⁸¹ Ch. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 16 : « suivant les branches du droit, ladite *puissance* peut être différemment nommée : on parlera de la *capacité* en droit privé, ou de *compétence* en droit public. Mais le contenu demeure le même : il s'agit d'une sphère de pouvoir qui caractérise le sujet et qui lui permet d'accomplir des actes que le droit considère comme *valides* » (souligné dans le texte).

⁸² G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 381.

qu'il faille parfois se méfier des tentatives de simplification, on peut penser qu'une telle initiative néglige le processus historique ayant abouti à la coexistence des notions de compétence et de capacité. Surtout, l'auteur estime que, par sa généralité, le concept de norme d'habilitation embrasse l'ensemble des systèmes juridiques. Il a donc, en quelque sorte, une vocation universaliste. Il dépasse toutes les divisions relatives à l'ordonnement juridique. Cet intérêt semble néanmoins assez faible dès lors que la littérature juridique reconnaît parfois l'application combinée des notions de capacité et de compétence, en droit public comme en droit privé. Au demeurant, l'auteur doit nécessairement admettre l'existence de « plusieurs types de normes d'habilitation »⁸³. Ainsi l'universalité de ce concept dépend-t-il de son adaptation aux diverses situations. Tant et si bien que la distinction entre les différentes normes d'habilitation pourrait conduire paradoxalement à réaffirmer celle entre la capacité et la compétence. Derrière la généralité du concept, il y a en effet des différenciations susceptibles de rejoindre la perception binaire. Bien que remarquable du point de vue de sa construction et de son apport à la théorie du droit, le concept de normes d'habilitation ne semble pas expliquer, mieux que les notions de capacité et de compétence, l'aptitude à conclure des conventions. Le choix d'une théorie combinant ces deux notions paraît plus approprié. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une approche possible et qui ne saurait exclure d'autres représentations du droit positif. Il faut, dès lors, tenter d'en montrer l'intérêt.

§2. Le recours à une théorie combinatoire

289. Selon les termes de M. Linditch, « capacité et compétence coexistent et concourent à former la situation juridique des personnes morales de droit public, [...] le droit de passer des contrats [...] est] difficilement explicable par le recours à la seule notion de compétence »⁸⁴. Cet auteur synthétise ensuite son propos par cette affirmation : « les notions de compétence et de capacité se combinent et ne s'excluent pas »⁸⁵. S'agissant de la passation des actes conventionnels, une articulation proche de celle-ci permet de rendre compte des mécanismes juridiques. Une telle combinaison

⁸³ *Ibid.*, p. 382.

⁸⁴ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997, p. 185. V. égal., articulant les deux notions en postulant que la capacité est pleine et entière, tandis que la compétence connaît des limites (J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris II, 2008, pp. 100-103).

⁸⁵ *Ibid.*, p. 200. V. aussi, J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 452 ; D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration communautaire », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 151-153.

est justifiée au regard des titulaires (a) et se trouve corroborée par des implications distinctes (b).

a) Une combinaison justifiée par des titulaires distincts

290. Un premier élément explique l'association des notions de capacité et de compétence : elles exposent toutes les deux une relation entre une attribution et un sujet⁸⁶. Mais, bien que pouvant théoriquement viser une même personne physique, elles ne renvoient pas aux mêmes destinataires. En principe, l'habilitation conférée par chacune d'elles se rapporte soit à une personne morale (1°), soit à l'un de ses organes (2°). La capacité conventionnelle se présente ainsi comme attachée à l'attribution de la personnalité juridique, tandis que les compétences pour conclure une convention sont réparties entre les organes des personnes publiques.

1° Le rattachement d'une capacité à une personne juridique

291. De façon très libérale, l'habilitation conventionnelle est comprise parmi les caractéristiques d'un sujet de droit. En principe, nul n'est besoin qu'un texte spécifique institue cette potentialité pour qu'elle existe. Comme le relève M. Rolin pour les personnes morales, mais cela vaut aussi pour les personnes physiques dotées d'une pleine capacité juridique⁸⁷, « cette habilitation paraît [...] davantage inhérente à la qualité de la personne morale, qui suppose la possibilité de contracter, qu'à un régime administratif particulier »⁸⁸. Cela est applicable aux personnes privées, de la même

⁸⁶ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Colloque AFDA, Litec, 2008, p. 11.

⁸⁷ V. en ce sens, et malgré quelques nuances, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, pp. 29-30 ; G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 13^{ème} éd., 2007, pp. 27-28 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2009, p. 67 ; S. GODELAIN, *La capacité dans les contrats*, th., LGDJ/Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », vol. 11, 2007, pp. 25-26 : dans cet ouvrage, l'auteur cantonne son étude aux seules personnes physiques parce qu'il s'agit essentiellement de revaloriser la notion de capacité par la prise en considération des qualités de chaque individu. Voilà pourquoi cette étude établit des liens avec les approches sociologiques et philosophiques de la capacité, se focalise sur les personnes physiques et écarte les personnes morales ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009, p. 113.

⁸⁸ F. ROLIN, « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 193. V. égal., G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, p. 60 et p. 90 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 302 ; H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 304 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 511 ; L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 39 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 88.

manière qu'aux personnes publiques⁸⁹. Et se retrouve du reste dans la jurisprudence constitutionnelle⁹⁰, dans la définition de l'organisme de droit public retenue par la directive communautaire du 31 mars 2004⁹¹, ou encore en droit international⁹². Dès lors qu'elle est personnalisée, une entité est ainsi capable de conclure une convention, même sans texte l'y habilitant.

292. D'ores et déjà, cette observation permet de distinguer la capacité conventionnelle de la compétence conventionnelle⁹³. Il faut néanmoins se garder de penser que la distinction fondamentale résulterait du processus d'habilitation. Car, même de façon implicite, c'est l'attribution de la personnalité juridique qui rend possible la conclusion d'une convention. Dans les deux hypothèses, un fondement juridique s'avère donc indispensable mais il ne se manifeste pas de la même manière. Il s'agit de deux phénomènes juridiques qui requièrent chacun une consécration du droit positif. À cet égard, le procédé de déclaration des associations offre une illustration remarquable. Tant qu'elle n'est pas déclarée, une association ne dispose pas de la personnalité juridique et ne jouit pas, en conséquence, d'une capacité contractuelle propre⁹⁴. C'est bien dire, au-delà des exigences de représentation et de compétence, que la capacité de conclure une convention est liée à la personnalité juridique.

En revanche, rattacher cette habilitation à conclure des conventions à la personnalité juridique suggère au moins l'unicité de la capacité. Elle vaut pour l'ensemble des organes intervenant dans la conclusion de l'acte. Autrement dit, chaque acteur du processus conventionnel tire un fondement pour agir de la capacité attachée à la personne morale. L'exercice des compétences conventionnelles est en définitive rendu

⁸⁹ Dans une incidente, M. Moderne estime ainsi que les personnes publiques « disposent de la capacité de s'engager et de l'autonomie financière » (F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 2). Plus généralement, R.-E. CHARLIER, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE*, 1951, p. 37.

⁹⁰ CC, 19 juill. 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 83-160 DC, Rec., p. 43.

⁹¹ Art. 1^{er} al. 9 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, 30 avr. 2004, p. 114 : « Par « organisme de droit public », on entend tout organisme : (...) b) doté de la personnalité juridique ».

⁹² V. not., D. ALLAND, *Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 2000, pp. 195-200 et pp. 219-220.

⁹³ Car, comme toute compétence, peu importe qu'elle vise l'édition d'actes unilatéraux ou la conclusion de conventions, elle est déterminée normalement par les textes (v. not., G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 277).

⁹⁴ V. not., Cass., civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Atanassoff c/ Crédit industriel et commercial de Paris*, *Bull.*, civ. I, n° 159, p. 107.

possible par la satisfaction de la condition relative à la capacité. Par ailleurs, l'unicité de la capacité permet de comprendre le fait que l'on ne puisse concevoir une délégation à son propos. Tandis qu'une autorité compétente pour conclure un contrat peut déléguer cette compétence⁹⁵, cette hypothèse est inenvisageable pour la capacité entre les organes d'un même sujet puisqu'elle se rapporte à la personne juridique même. Bien que favorable à la thèse combinatoire, M. Linditch ne semble pas adhérer à cette hiérarchisation, puisqu'il envisage la capacité comme une « notion interne à la compétence »⁹⁶. Cette appréciation contredit toutefois d'autres propositions de cette thèse et trouve une explication dans l'acceptation large retenue de la compétence⁹⁷. Or une signification plus stricte de cette notion semble rendre une plus grande cohérence à la matière.

293. En circonscrivant l'analyse à l'aptitude pour passer des conventions, cette approche de la capacité paraît satisfaisante. À certains égards, elle peut toutefois sembler trop simplificatrice. Il est donc nécessaire d'apporter une nuance, qui ne modifie pas pour autant le sens de ces développements. Si la capacité est attachée à la personne morale, il n'en demeure pas moins que chaque individu relevant de cette institution constitue une personne juridique à part entière⁹⁸. Chacun dispose à ce titre d'une capacité propre. La présentation focalisée sur la personne publique ne saurait nier cette évidence. Seulement, si la capacité individuelle peut constituer un préalable à l'exercice des fonctions administratives, elle s'efface derrière la personne morale pour l'action publique. Elle devient alors un présupposé et apparaît secondaire, n'intervenant que dans des hypothèses très exceptionnelles, comme une subite inca-

⁹⁵ V. par ex., un ministre peut déléguer une compétence conventionnelle à l'un des agents relevant de son administration : CE, 15 janv. 1999, *M. Y c/ min. du travail et des affaires sociales*, req. n° 188588.

⁹⁶ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997, p. 201.

⁹⁷ En effet, la présentation dressée par M. Linditch comporte des subtilités, qui peuvent la rendre assez confuse. Après avoir estimé que la capacité était une « notion interne à la compétence », il juge que « les règles de compétence interviennent [...] aussi à l'intérieur même de la capacité juridique pour déterminer, les conditions d'exercice des droits subjectifs, et les diverses autorités administratives chargées de les mettre en œuvre pour le compte de la personne morale de droit public » (*Ibid.*, pp. 203-204). En apparence, ces développements contiennent une franche contradiction. Mais celle-ci s'explique très bien par l'acceptation large retenue par l'auteur de la notion de compétence, puisqu'elle est appliquée tant aux personnes publiques qu'aux autorités administratives. Elle joue ainsi à deux niveaux : celui de la personne et celui des organes. S'il admet que les notions de compétence et de capacité se combinent, c'est ainsi dans le cadre tracé par la compétence du sujet. Cela entraîne peut-être d'inutiles complications pour rendre compte de l'activité conventionnelle des personnes publiques.

⁹⁸ V. en ce sens, A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1135.

pacité frappant un agent. C'est pourquoi la capacité conventionnelle peut être réduite à la personne morale, à la différence des compétences.

294. Occasionnellement, la jurisprudence administrative rend compte de cette distinction fondée sur le destinataire de l'habilitation. Dans un arrêt *Sieur Larnue*, le Conseil d'État a estimé, pour en déduire l'absence de conclusion d'un contrat, que « le groupement d'achat pour le compte duquel l'intendant du lycée de Reims avait agi n'avait pas de personnalité juridique et que l'intendant n'avait pas de compétence pour passer un marché pour le compte des autres établissements scolaires du département de la Marne membre du groupement »⁹⁹. Si la capacité n'est mentionnée que de manière implicite, par la référence à la personnalité juridique, le juge combine bien ici les règles d'habilitation en réservant la compétence à l'autorité administrative. À ce titre, cette jurisprudence est remarquable car la convention n'a pu être signée en raison d'un double défaut d'habilitation.

D'une part, l'entité au nom de laquelle l'acte a été conclu ne disposait pas d'une personnalité juridique propre¹⁰⁰. Cela suggère qu'aucune capacité contractuelle ne pouvait lui être reconnue. D'autre part, l'autorité chargée de conclure le contrat était incompétente pour engager tous les membres du groupement, et *a fortiori* le groupement d'achat. Même en reconnaissant à ce dernier une personnalité morale, une habilitation expresse aurait donc toujours manqué à l'autorité. Comme l'a relevé Marcel Waline, « l'intendant n'[avait] juridiquement compétence que pour les fournitures à livrer pour son propre lycée »¹⁰¹. Cette illustration montre ainsi que, s'agissant des personnes morales, la conclusion d'un acte conventionnel requiert la réunion de deux habilitations. Étant attribuées à des titulaires distincts, ces dernières ne sont en rien redondantes. Les deux semblent nécessaires et conditionnent différemment la régularité d'un acte conventionnel. Il est possible de vérifier cette proposition en limitant à présent l'analyse aux organes administratifs.

⁹⁹ CE Sect., 13 mai 1970, *Sieur Larnue*, *Rec.*, p. 331.

¹⁰⁰ Voilà pourquoi la motivation de cet arrêt a été, à juste titre, vivement critiquée par certains membres du Conseil d'État (R. DENOIX DE SAINT-MARC et D. LABETOUILLE, chronique sous l'arrêt CE Sect., 13 mai 1970, *Sieur Larnue*, *AJDA*, 1970, p. 493). En déduisant de l'absence de contrat entre le groupement et le requérant l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État, le juge administratif semble avoir anticipé sur le fondement de la solution : la responsabilité extra-contractuelle de l'État. Car, en tout état de cause, aucun contrat n'a pu intervenir entre l'État et le requérant. Cette précision était donc à la fois surprenante et superflue.

¹⁰¹ M. WALINE, note sous l'arrêt CE, 29 avr. 1970, *Société Unipain*, *RDP*, 1970, p. 1426.

2° La détention de compétences par un organe administratif

295. Bien que rattachées à une personne morale¹⁰², les compétences nécessaires pour la conclusion d'un acte conventionnel sont en pratique distribuées entre ses organes¹⁰³. Voilà pourquoi « la notion de compétence vient surtout rendre compte de l'idée de répartition du travail »¹⁰⁴. Cette division des tâches intervient comme une nécessité matérielle pour le fonctionnement de toute personne morale¹⁰⁵. Et c'est généralement pour désigner ce phénomène que les auteurs emploient l'expression d'habilitation à contracter. Elle est alors entendue comme « l'investiture donnée par une composante d'une personne publique à une autre composante pour signer un contrat »¹⁰⁶. Hormis certaines raisons pratiques¹⁰⁷, le principal motif de ce procédé est assez élémentaire. Il peut être relié à une sorte d'exigence démocratique, ou du moins libérale, au sein même des personnes publiques. Les compétences doivent être réparties entre différents acteurs afin de permettre leur collaboration, et d'empêcher toute dérive autoritaire au sein de l'action publique. Pour mettre en œuvre cette répartition, il existe une diversité de combinaisons¹⁰⁸. Mais des modèles récurrents, faisant inter-

¹⁰² D'une façon générale, le Conseil d'État présente les compétences comme relevant de la personne juridique. V. par ex., CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, *Rec.*, p. 94 ; CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers*, *Rec.*, tab., p. 638 ; CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, *Rec.*, tab., (à paraître). V. aussi, F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 199-201 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., pp. 139-150 ; A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, pp. 108-109.

¹⁰³ V. en ce sens, le premier critère retenu par M. Mayer pour définir la notion de compétence : « la compétence est une qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe » (P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p. 10). V. impl., P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 133 et s. ; H. DEMENTHON, « Des contrats en la forme administrative », *D.*, 1946, chron., p. 18 ; et sur le « morcellement » des compétences : G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 67 et s.

¹⁰⁴ L. DI QUAL, *La compétence liée*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 59, 1964, p. 2. V. part., B. PLESSIX, « La compétence et le temps », in *La compétence*, Colloque AFDA, Litec, 2008, p. 65.

¹⁰⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 25, 2003, pp. 477-478 ; R. HERTZOG, « Les personnes publiques n'ont pas de compétence », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum J. Waline*, Dalloz, 2002, pp. 238-239 ; A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 108.

¹⁰⁶ F. ROLIN, « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, p. 188. Notons que l'auteur énonce cette définition tout en montrant ensuite ses imperfections. V. aussi, Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Economica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 30-32.

¹⁰⁷ V. not., sur cet aspect, É. MELLA, « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *CMP*, 2007, étude 7, p. 23.

¹⁰⁸ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., pp. 300-308.

venir un organe collégial et un organe exécutif, sont observables. Le législateur veille ainsi à ne pas confiner la passation d'un acte conventionnel à l'autorité exécutive d'une collectivité territoriale¹⁰⁹. L'intervention de l'assemblée délibérante constitue une manifestation de cette exigence qui peut être historiquement rattachée à ses prérogatives en matière budgétaire¹¹⁰.

296. D'ailleurs, au-delà des impératifs tenant à l'organisation administrative, il arrive fréquemment que la notion de compétence soit présentée comme requérant toujours une pluralité d'organes de laquelle naîtrait une situation concurrentielle¹¹¹. Cette idée séduisante est souvent corroborée par la pratique. Elle mérite toutefois d'être nuancée car elle ne rend pas compte de la diversité des hypothèses. Il est en particulier possible qu'une compétence ne puisse être exercée que par un unique organe. En d'autres termes, dans une situation donnée n'existe qu'une seule entité potentiellement compétente. Or, selon M. Mayer, « on ne peut parler de compétence que s'il y a exclusion au moins d'un organe, ou du moins si on l'envisage »¹¹². Faut-il en déduire que, dans l'hypothèse d'un monopole, l'autorité ne détiendrait pas de compétence ? Une telle conclusion serait saugrenue. La preuve en est que, seule à pouvoir exercer une activité, cette entité doit néanmoins recevoir une habilitation du droit positif. Au demeurant, il faut bien une délimitation de cette compétence pour que l'autorité puisse la respecter, et le juge la préserver.

À cet égard, la compétence du Vice-président du Conseil d'État pour conclure les contrats intéressant la juridiction administrative est révélatrice. Elle n'est formellement prévue, à l'article R. 121-14 du Code de justice administrative, que depuis le décret du 22 février 2010¹¹³. Auparavant, cette compétence était implicitement suggérée par les compétences budgétaires du Vice-président. Par conséquent, le pouvoir réglementaire ne pouvait guère attribuer à une autre autorité cette habilitation conventionnelle. Cette remarque peut encore valoir pour la conclusion des conventions

¹⁰⁹ V. not., G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 194.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 190-191.

¹¹¹ V. not., P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, pp. 10-11 ; Ph. THÉRY, « compétence », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 247 : « La définition de la compétence sera fondée sur cette idée de concurrence entre plusieurs organes, au sens le plus générique qui soit ».

¹¹² P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p. 11.

¹¹³ Art. 26 du décret n° 2010-164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JORF*, 23 févr. 2010, p. 3325.

par les ministres¹¹⁴, par le président de l'Assemblée nationale¹¹⁵, mais également s'agissant de l'organe exécutif de certaines autorités administratives indépendantes. En témoigne la compétence du président de l'Autorité de la concurrence¹¹⁶ pour signer les contrats et les marchés intéressant son institution. Pertinent dans de nombreuses situations, et notamment en matière processuelle, le critère concurrentiel ne semble ainsi pas toujours adapté à la structure administrative. La détention des compétences y est guidée par des motifs d'intérêt général. Ces derniers peuvent sans doute être liés aux idées de performance et de concurrence. Mais il ne s'agit que d'un aspect de l'attribution des compétences en droit administratif, comme le domaine conventionnel peut en témoigner. Subsiste donc le morcellement pour caractériser la notion de compétence par rapport à l'unicité impliquée par la capacité de conclure une convention.

297. Pourtant, cette idée n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. En ce sens, M. Tusseau a contesté la valeur discriminante du morcellement des compétences¹¹⁷. Outre des divergences d'appréciation¹¹⁸, cet auteur estime que ce critère ne permettrait pas de distinguer la compétence vis-à-vis de la capacité, laquelle serait également divisible. Bien que solidement argumentée, cette proposition peut être discutée. Plusieurs éléments avancés à l'appui de ces développements peuvent faire débat.

298. Tout d'abord, pour montrer que les capacités pourraient être attribuées à l'instar des compétences, M. Tusseau souligne que le Code civil procède par exception en prévoyant les hypothèses d'incapacité à conclure des contrats. Et il remarque avec raison que « cela ne traduit pas une nécessité naturelle »¹¹⁹. Aussi le législateur aurait-il pu procéder de manière inverse en énonçant les individus capables. Alors, la principe aurait été l'incapacité en l'absence de texte, de la même manière que pour les

¹¹⁴ V. en ce sens, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 192 : « il peut se faire que l'autorité compétente pour conclure le contrat soit unique et facilement identifiable. C'est, en principe, le Ministre et le Ministre seul qui est compétent pour conclure les contrats de l'État ». V. égal., V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th., Paris II, 2000, p. 255. Cette illustration est classique, mais doit faire l'objet de certaines précisions (Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 693).

¹¹⁵ CE Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *Rec.*, p. 42.

¹¹⁶ Art. R. 461-2 du code de commerce.

¹¹⁷ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 379.

¹¹⁸ Il convient de noter que cette expression, employée par Gaston Jèze, donne lieu d'ailleurs à des interprétations diverses (V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th., Paris II, 2000, p. 346).

¹¹⁹ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 379.

compétences. Cependant, on peut objectivement relever le choix du législateur de tenir la capacité des sujets de droit comme le principe et d'énumérer les cas d'incapacité. D'autres méthodes auraient été sans doute valables étant donné qu'il n'y a précisément rien de naturel dans l'aptitude juridique à conclure des conventions. Et c'est bien pourquoi la formule retenue dans le Code civil n'est pas anodine. Le législateur a indéniablement voulu faire de la capacité la règle, et de l'incapacité l'exception¹²⁰. Une analyse du droit positif permet ainsi d'observer une première différence avec la distribution des compétences¹²¹.

Pour appuyer sa critique, l'auteur ajoute que « la capacité d'une société ou d'une association est pour sa part définie par énumération »¹²². L'énumération visée semble toutefois directement liée à la *spécialité* de la personne morale, et non à la capacité en tant qu'habilitation¹²³. Par exemple, lister les missions que La Poste doit remplir n'aboutit pas à réduire sa capacité contractuelle¹²⁴. Cette société dispose bien d'une habilitation complète à conclure une convention. Seulement cette possibilité est circonscrite à son domaine d'activité. Pour les personnes publiques, la capacité conventionnelle s'inscrit aussi dans leur éventuelle spécialité¹²⁵ et répond à une finalité d'intérêt général. Au surplus, l'énumération n'est pas exhaustive puisque, sous cer-

¹²⁰ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, pp. 29-30 : « La formule très générale de l'article 1123 pose en principe que la capacité de contracter est reconnue à « toute personne » ; elle constitue l'un des attributs fondamentaux de la personnalité juridique, c'est-à-dire de la qualité de sujet de droit. Partant, elle concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Il en résulte que les limites à ce droit de contracter présentent nécessairement le caractère de dérogation au droit commun » ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 116 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 110.

¹²¹ V. en ce sens, G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, pp. 67-68.

¹²² G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 379. On retrouve parfois cette idée dans la doctrine de droit privé, v. Ph. MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 197.

¹²³ V. spéc., J.-Cl. DOUENCE, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, p. 762 ; A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 111. V. égal., L. CONSTANS, *Recherches sur la notion et la classification des personnes morales administratives*, th., Dalloz, 1966, p. 12.

¹²⁴ Art. 2 de la loi du 9 févr. 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF*, 10 févr. 2010, p. 2321.

¹²⁵ Éventuelle, car on peut estimer que l'État n'est pas une personne publique spécialisée. D'ailleurs, ce constat permet de formuler une nouvelle objection à la critique adressée par M. Tusseau. Ne s'agit-il pas là d'une personne morale dont la capacité ne fait pas l'objet d'une énumération limitative ? Par ailleurs, la spécialité peut servir à discuter l'idée de compétence des personnes publiques, car cette dernière est souvent envisagée par la soumission, plus ou moins stricte, au principe de spécialité. V. D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 36-40.

taines conditions, la spécialité d'une personne morale peut être étendue¹²⁶. Ainsi, pour admettre qu'une université puisse conclure une convention pour l'exploitation d'une librairie dans ses locaux, le Conseil d'État a interprété largement la spécialité de l'établissement¹²⁷. Mais, ce faisant, il n'a rien ajouté à la capacité contractuelle de cette personne publique.

299. Ensuite, M. Tusseau affirme que « l'individu capable ne peut pas faire tous les actes juridiques que son caprice peut lui inspirer. Ainsi ne peut-il pas, par exemple, faire une loi »¹²⁸. Malgré son évidence, cet argument ne permet pas de contester la valeur du morcellement. Car l'individu est tout à fait capable d'édicter un acte unilatéral semblable à la loi. Mais il ne sera pas valide du point de vue du droit positif puisqu'une habilitation spécifique est nécessaire. En somme, il dispose de la capacité d'un individu, ni plus ni moins. Reconnaître la capacité comme le principe et opposer son unité au morcellement de la compétence ne sauraient signifier que l'aptitude des sujets est illimitée. Ici, la critique ne porte donc pas sur le caractère divisible de la capacité mais sur son caractère circonscrit.

300. Enfin et surtout, l'auteur rappelle qu'il « est fréquent en droit privé que les individus ne puissent agir seuls »¹²⁹. Cette idée est précisément illustrée au moyen de la conclusion des actes conventionnels. M. Tusseau écrit en ce sens : « l'exercice de la capacité contractuelle nécessite [...] la rencontre d'un autre individu »¹³⁰. Cette proposition n'est pas contestable. Mais si la passation d'une convention suppose la présence de deux capacités distinctes, cela ne saurait signifier que chacune des parties détiendrait une portion de la capacité conventionnelle. Il s'agit bien de deux habilitations complètes, les cocontractants étant tous les deux aptes à conclure une convention. Pour preuve, lorsqu'un contrat est signé par un sujet capable et un autre frappé d'incapacité, l'impossibilité touchant le second n'affecte en rien la capacité du premier. Seul l'acte est susceptible de faire l'objet d'une annulation. Cette situation ne s'analyse donc pas en un morcellement, comme cela est le cas de la compétence distribuée entre les organes d'une personne morale. Pour l'ensemble de ces motifs, il semble que les compétences peuvent être analysées comme étant caractérisées par un

¹²⁶ CE, Avis, Sect. trav. publ., 7 juill. 1994, *Spécialité des établissements publics (EDF-GDF)*, avis n° 356.089, *GACE*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, n° 25.

¹²⁷ CE, 10 mai 1996, *SARL « La Roustane » et Université de Provence*, *Rec.*, p. 168.

¹²⁸ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, p. 379.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 379.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 379.

morcellement entre les organes. Cette manière de concevoir les phénomènes juridiques permet ainsi de distinguer de la capacité de la compétence.

b) Une combinaison justifiée par des implications distinctes

301. Dans la perspective retenue, il est possible de reconnaître aux notions de capacité et de compétence des implications différentes. D'une façon générale, la capacité conventionnelle ne suggère que la possibilité de conclure l'acte (1°), tandis que la compétence vise les modalités pour y parvenir (2°).

1° La possibilité de conclure un acte conventionnel

302. En matière conventionnelle, la première implication de la capacité reconnue au profit d'une entité est de pouvoir conclure un acte avec une autre partie¹³¹. Sauf stipulation contraire, la convention est d'ailleurs précisément signée au nom de la personne qui dispose de la capacité conventionnelle¹³². Lorsque M. Auby décrit la fonction d'imputation de la notion de sujet de droit, il vise en particulier cet aspect : « ce que la notion de sujet de droit permet [...] c'est pourtant bien l'imputation d'actes, de conduites, de droits, d'obligations, à une entité qui est la formule de leur unité – ou si l'on veut, leur centre »¹³³. Il est significatif de constater que des accords internationaux conclus « pour un ministère » font l'objet d'une requalification par le juge. En quelque sorte, cette curieuse situation, puisque l'une des parties ne dispose pas de personnalité juridique, est ainsi régularisée. Pratiquement, « il n'est pas douteux que l'État doive alors être considéré comme engagé, que l'accord soit un véritable traité ou qu'il puisse être analysé comme un contrat »¹³⁴.

¹³¹ V. pour les personnes privées, V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th. Paris II, 2000, pp. 341-342. Et, plus part., S. GODE-LAIN, *La capacité dans les contrats*, th., LGDJ/Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », vol. 11, 2007, p. 25. On peut également trouver dans les travaux de Kelsen un appui théorique, même si ses développements peuvent paraître plus confus puisqu'ils tendent à regrouper les notions dont la fonction est d'habiliter les parties à conclure une convention. Il affirme que « le fait de passer un contrat est un acte qui n'entre dans le contenu d'aucun droit ou obligation des parties en présence. Celles-ci ne sont pas juridiquement obligées de passer un contrat, elles n'ont pas non plus de droit subjectif à cet effet ; elles acquièrent des droits subjectifs et sont soumises à des obligations juridiques une fois le contrat passé. Elles ont toutefois la capacité juridique de passer le contrat » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 141) (nous soulignons).

¹³² V. par ex., CE, 30 sept. 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, Rec., p. 392. Et sur les contrats de rivière ou de baie, CE, Rapport public, *L'eau et son droit*, EDCE, n° 61, 2010, p. 88.

¹³³ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 47.

¹³⁴ G. BURDEAU, « Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents », in *le droit international : unité et diversité. Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 117.

303. Notons dès à présent que les possibilités ouvertes par la capacité conventionnelle rencontrent des limites. Elles sont de plusieurs ordres. En ce sens, l'article 1128 du Code civil prévoit, sans les énumérer cependant, des choses placées hors du commerce¹³⁵. Laconiques, les dispositions du Code civil suggèrent une typologie que la doctrine tente toujours de préciser¹³⁶. Cela suppose qu'un sujet apte à conclure une convention ne peut exercer cette possibilité librement en toutes circonstances. Au demeurant, ce constat suggère *a contrario* que le principe demeure bien la possibilité de passer un contrat, dès lors qu'un sujet bénéficie d'une capacité.

De même, la capacité conventionnelle joue pour les personnes publiques¹³⁷ dans la mesure où elle ne fait pas l'objet d'une limitation textuelle. En atteste l'article L. 1115-5 du Code général des collectivités territoriales, qui prévoit l'impossibilité pour les collectivités territoriales de conclure une convention avec un État étranger¹³⁸. Peu importe ici le contenu de l'acte ou son objet, la capacité de ces personnes publiques se trouve limitée par la nature même de l'autre partie. Capables de passer des conventions avec des collectivités locales étrangères, elles ne peuvent établir des relations bilatérales avec un État étranger en raison d'une interdiction textuelle spéciale. Cette illustration souligne que la capacité, reconnue aux communes par l'intermédiaire de l'attribution de la personnalité juridique, fait également l'objet de limitations.

En dépit des aménagements qu'elle connaît, l'incapacité de transiger qui frappe les établissements publics de l'État offre un dernier exemple de limite. Classiquement rappelée, elle constitue une réserve mineure à la capacité dont bénéficient en principe les personnes publiques pour transiger¹³⁹. Capable de conclure des contrats, un éta-

¹³⁵ Art. 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

¹³⁶ V. not., G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.

¹³⁷ V. pour une comparaison entre les autorisations de contracter et les incapacités en droit privé, F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 175-176.

¹³⁸ Art. L. 1115-5 du Code général des collectivités territoriales : « Aucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales et un État étranger, sauf si elle a vocation à permettre la création d'un groupement européen de coopération territoriale. Dans ce cas, la signature de la convention doit être préalablement autorisée par le représentant de l'État dans la région ». v. par ex., au sujet des régions, A. BOYER, « Le droit des relations extérieures des régions », *RGCT*, 2010 (n° 46), spéc. p. 28.

¹³⁹ V. not., J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1 ; G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA*, 2000, p. 548 ; R. DRAGO, « Les établissements publics et la transaction », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 185 ; A. LYON-CAEN, « Sur la transaction en matière administrative », *AJDA*, 1997, p. 50 ; B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif »,

blissement public de l'État doit cependant être expressément autorisé à transiger. Cela peut résulter de ses statuts¹⁴⁰ ou d'un texte spécialement édicté à cet effet¹⁴¹. Ainsi est-il possible d'analyser ce processus comme un moyen de faire varier la capacité conventionnelle de certaines personnes publiques.

304. Comme la capacité conventionnelle n'implique pas l'absence de limites en restreignant l'usage, elle ne suppose pas non plus l'impossibilité que des obligations visent sa mise en œuvre. Il arrive, en effet, que des textes prescrivent la passation d'un contrat. La possibilité conférée par la capacité est alors l'objet d'une obligation juridique. En droit privé, un exemple souvent cité est celui des contrats d'assurance-responsabilité pour les automobilistes¹⁴². En droit public, il existe aussi quelques hypothèses concernant des conventions d'administration dans lesquelles les personnes publiques sont tenues d'user de leur aptitude conventionnelle. En témoignent particulièrement les contrats de projets État-région¹⁴³.

305. Que son utilisation soit limitée ou rendue obligatoire, la capacité conventionnelle implique toujours la possibilité de conclure une convention. Cependant, pour les personnes morales, elle ne permet pas de déterminer les modalités de passation de l'acte. Il s'agit d'une simple potentialité¹⁴⁴ ou, si l'image est plus claire, d'un réceptacle. Pour étudier ces mécanismes, il faut envisager les compétences dont sont investis les organes des sujets de droit public.

in B. Mallet-Bricourt et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 133. V. aussi, CE, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993, p. 56 et s.

¹⁴⁰ CE Sect. Travaux public, Avis, 21 janv. 1997, *EDCE*, 1998, p. 184. V. égal., R. DRAGO, « Les établissements publics et la transaction », in *Gouverner, administrer, juger. Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, pp. 187-188.

¹⁴¹ V. par ex., le décret du 26 oct. 1999 autorisant l'Établissement public d'aménagement de la région de la Défense à opérer une transaction, *JORF*, 27 oct. 1999, p. 16052 ; le décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, *JORF*, 6 août 2000, p. 12234 ; le décret n° 2006-1739 du 23 déc. 2006 autorisant l'École nationale de la magistrature, établissement public administratif, à opérer une transaction, *JORF*, 30 déc. 2006, p. 20082.

¹⁴² V. sur ce point, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, p. 46 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 84 et s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, pp. 106-108 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, pp. 211-212.

¹⁴³ V. not., la circulaire du Premier ministre du 6 mars 2006 et la circulaire de la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires du 24 mai 2006.

¹⁴⁴ Cette approche s'inscrit dans l'appréciation donnée de la personnalité publique par M. Petit : « la personnalité juridique est une notion purement formelle ; elle désigne seulement l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la qualité de sujet de droit actif et passif. En elle-même, elle n'indique rien sur ce que seront ces droits et ces obligations. Elle n'a pas de signification substantielle » (J. PETIT, « Rapport de synthèse », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 244).

2° Les modalités pour conclure un acte conventionnel

306. S'agissant des conventions, la compétence ne vise pas directement la possibilité de conclure un acte. Elle fixe des devoirs portant sur les modalités d'intervention des organes. Pour l'essentiel, « la notion de compétence sert [ainsi] à déterminer la mesure et les conditions dans lesquelles les agents peuvent intervenir »¹⁴⁵. Voilà pourquoi elle est souvent présentée comme une notion relevant de la pure technique juridique¹⁴⁶. Elle assure principalement une fonction limitatrice puisque « le destin d'une compétence est de rencontrer une autre compétence »¹⁴⁷. Sans doute peut-elle présenter certaines spécificités en droit administratif. Mais elle vaut également en droit privé pour les personnes morales. En définitive, la notion de compétence permet de retrouver le cheminement procédural de la conclusion de l'acte.

307. Bien souvent, la formation d'une convention requiert la conjugaison de plusieurs compétences qui ne sont pas toujours détenues par les mêmes organes. Il est, par exemple, admis depuis fort longtemps que l'adoption d'une délibération par un conseil municipal ne suffit pas à conclure un contrat¹⁴⁸. Plus spécifique est l'hypothèse dans laquelle la compétence d'une autorité peut être conditionnée par celle d'un organe relevant de la même personne morale. En témoigne encore la procédure de passation valable pour les communes¹⁴⁹. Certes, l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales prévoit la compétence du maire pour souscrire un marché, ce dernier est ainsi expressément habilité. Toutefois, il ne peut jouir de cette attribution que par l'intervention de l'assemblée délibérante, laquelle tient d'ailleurs cette prérogative du même texte. En fonction de chaque situation, le conseil municipal peut ainsi charger l'autorité exécutive de signer un contrat au nom de la

¹⁴⁵ L. DI QUAL, *La compétence liée*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 59, 1964, p. 1. V. pour une appréciation proche mais plus générale, D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 211.

¹⁴⁶ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Colloque AFDA, Litec, 2008, p. 9.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁸ CE, 23 févr. 1835, *Besnard*, *Rec.*, p. 86 ; CE, 22 janv. 1930, *Vuitton c/ commune de Lavancia*, *Rec.*, p. 81. V. part., D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 34-35 et pp. 40-52 ; L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, pp. 74-84.

¹⁴⁹ Jadis, cela était déjà vrai, v. par ex., CE, 5 juin 1908, *Sieur Delmas c/ commune de Pornic*, *Rec.*, p. 633 : « que le maire de Pornic avait été régulièrement autorisé par délibération du Conseil municipal du 22 août 1895 à passer tous actes avec ledit sieur ». V. plus récemment, CE, 13 oct. 2004, *commune de Montélimar*, *Rec.*, p. 369 ; CE, 11 sept. 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Rec.*, p. 395 ; CE, 10 janv. 2007, *Société Pompes Funèbres et Conseillers funéraires du Roussillon et autre*, *Rec.*, tab., p. 939.

commune. De la sorte, une compétence peut en déclencher une autre, leur exercice s'opère alors de façon successive.

Durant quelques années, le Conseil d'État a d'ailleurs jugé qu'une convention signée par l'autorité exécutive d'une commune devait être annulée en raison du caractère non exécutoire de la délibération d'habilitation qui résultait du défaut de transmission aux services déconcentrés de l'État¹⁵⁰. Cette conclusion rigoriste est fort heureusement abandonnée depuis l'arrêt *Commune de Béziers*¹⁵¹. Demeure toutefois inchangée la combinaison des compétences pour la conclusion d'une convention. Si le juge est revenu sur les conséquences désastreuses de l'avis *Préfet du département de la Côte-d'Or*, il a aussi réaffirmé la nécessité de l'intervention de plusieurs organes. Seulement, le Conseil d'État estime désormais qu'une telle irrégularité n'emporte plus nécessairement l'annulation du contrat par le juge. Il revient à ce dernier d'en apprécier les conséquences sur l'acte signé. À ce propos, les conclusions du rapporteur public sur l'arrêt *Commune de Béziers* sont éclairantes, elles mettent en valeur la logique suivie par le Conseil d'État¹⁵².

308. Ce processus confère un intérêt tout particulier au respect par chaque organe de l'intégralité de sa compétence. D'une part, une autorité ne peut agir en deçà de son habilitation. Comme l'ont relevé les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « la décision de contracter oblige l'autorité qualifiée à conclure le contrat »¹⁵³. Il arrive que certains travaux cherchent à nuancer cette proposition. Toutefois, les divers arguments exposés ne parviennent pas à convaincre du bien-fondé des précisions apportées¹⁵⁴. Mais encore, une autorité compétente ne peut subordonner sa décision de

¹⁵⁰ CE, 20 janv. 1989, *Ville de Millau c/ Vincens, DA*, 1989, n° 87 ; CE, 18 octobre 1993, *Guerraz*, req. n° 96589 ; CE Sect., avis, 10 juin 1996, *Préfet du département de la Côte d'or, Rec.*, p. 198. V. part., sur l'application de cet avis, E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers, RFDA*, 2010, p. 516.

¹⁵¹ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers, Rec.*, p. 509. V. parmi d'autres applications, CAA Bordeaux, 26 oct. 2010, *Groupama Centre Atlantique assurance, AJDA*, 2011, p. 773, note J.-M. Vié.

¹⁵² E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers, RFDA*, 2010, p. 518 : « du point de vue de la personne publique contractante, il n'y a, en réalité, aucune irrégularité affectant les conditions dans lesquelles elle a donné son consentement : le conseil municipal a été régulièrement saisi, il a régulièrement délibéré, il s'est régulièrement prononcé pour autoriser le maire à signer le contrat et celui-ci a régulièrement fait usage de l'habilitation qui lui a ainsi été donnée. Il n'y a, notamment, aucune atteinte à la répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et l'organe exécutif de la collectivité, atteinte qui serait, elle, susceptible de vicier le consentement de la personne publique et constituerait une irrégularité grave ».

¹⁵³ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 491.

¹⁵⁴ La discussion peut résider dans la mise en exergue d'une certaine autonomie reconnue à l'autorité exécutive. S'appuyant sur une décision *Préfet du Puy-de-Dôme c/ commune d'Orvet*, un auteur affirme par exemple que « l'autorité exécutive lance la procédure contractuelle, comme bon lui semble et au moment où bon lui semble » (É. MELLA, « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *CMP*,

signer un acte à « l'avis ultérieur d'un organisme consultatif »¹⁵⁵. Le Conseil d'État estime, dans cette situation, qu'il n'est pas dérogé à la capacité contractuelle, attachée ici à l'État, mais que le ministre a manqué à son obligation d'exercer l'intégralité de sa compétence. Enfin, l'arrêt *Commune de Montélimar* affirme : « lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire un marché, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir »¹⁵⁶. Une fois de plus, c'est bien rappeler l'impératif qui s'impose au titulaire compétent de contribuer au processus conventionnel.

D'autre part, un organe ne peut agir au-delà de son habilitation. Ainsi une commission d'un conseil municipal ne peut-elle se prononcer sur une adjudication, dès lors que la compétence d'une autre commission est prévue par les textes¹⁵⁷. D'une manière plus générale, dans un arrêt *Commune de Ousse-Suzan*, le Conseil d'État a jugé qu'un maire était tenu de se conformer à la délibération du conseil municipal. Par conséquent, il ne pouvait engager la commune au-delà de l'habilitation reçue¹⁵⁸. Comme le soulignait Maurice Hauriou, dans le cas contraire la décision de signer aurait été entachée d'incompétence¹⁵⁹. Aussi, lorsqu'une autorité outrepassa sa compétence, le contrat signé n'est pas valable juridiquement¹⁶⁰. Et ce, alors même que la personne morale au nom de laquelle l'acte est conclu bénéficie bien d'une capacité conventionnelle. Cela confirme l'idée selon laquelle il existe une interdépendance entre ces notions. Capacité et compétence sont nécessaires à la passation d'une con-

2007, étude 7, p. 26). Il est vrai que le maire peut librement lancer et mener à terme un appel d'offre ouvert. Mais cela ne contrevient pas au fait que « le maire ne [puisse] contracter au nom de la commune sans y avoir été autorisé par une délibération expresse du conseil municipal » (CE, 4 avr. 1997, *Préfet du Puy-de-Dôme c/ commune d'Orvet*, Rec., p. 132). En d'autres termes, compétent pour initier seul une procédure contractuelle, le maire ne l'est que de manière conditionnée pour conclure un contrat. Cet élément ne remet donc pas en cause la prééminence de l'assemblée locale dans la décision de contracter. Au demeurant, dans cette affaire l'initiative du maire avait été approuvée *a posteriori*, et l'autorisation de signer le contrat acquise une semaine avant la conclusion de l'acte. V. part. sur cette discussion, F. ROLIN, « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, pp. 198-199.

¹⁵⁵ CE Sect., 9 déc. 1949, *Sieur Chami*, Rec., p. 542.

¹⁵⁶ CE, 13 oct. 2004, *Commune de Montélimar*, Rec., p. 369.

¹⁵⁷ CE, 4 août 1913, *Davoigneau c/ Commune de Nemours*, Rec., p. 971 : il s'agit bien d'une « commission du conseil municipal qui statuait *incompétemment* » (nous soulignons). Avant, le Conseil d'État a déjà eu à juger du cas d'une commission spéciale ayant excédé ses compétences en homologuant des conventions emportant l'aliénation de biens du domaine public (CE, 9 janv. 1846, *Min. des travaux publics c/ La compagnie du dessèchement des marais de Pleurs*, Rec., p. 11).

¹⁵⁸ CE, 8 avr. 1911, *Commune de Ousse-Suzan*, Rec., p. 468.

¹⁵⁹ M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 8 avr. 1911, *Commune de Ousse-Suzan*, S., 1913, III, p. 50.

¹⁶⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 140.

vention mais interviennent différemment, soit pour rendre possible ladite conclusion, soit pour en déterminer les modalités. Leur distinction s'avère ainsi utile. Et, par conséquent, les développements suivants seront circonscrits à la capacité de passer une convention d'administration puisque les difficultés théoriques rencontrées sont de cet ordre.

Sous-section 2 : La dissociation entre capacité conventionnelle et capacité contractuelle

309. De manière intuitive, la possibilité pour un sujet de conclure un contrat semble impliquer celle de passer une convention d'administration. Cela ne signifie pas que les parties peuvent sciemment substituer au contrat une convention d'administration, afin de se dérober aux règles de la commande publique par exemple. Une telle manœuvre serait irrégulière et, en cas de recours, susceptible d'entraîner une sanction juridictionnelle. Il s'agit seulement de remarquer qu'un sujet capable de contracter doit *a fortiori* pouvoir convenir. Voilà pourquoi, dans de rares hypothèses, une collectivité publique peut préférer conclure une convention ne comportant que des stipulations non-impératives au lieu d'un contrat¹⁶¹.

Bien que toujours exacte, cette confusion des habilitations est trompeuse. Capacité contractuelle et capacité conventionnelle ne vont pas systématiquement de pair. Il arrive, dans la pratique, qu'une entité puisse conclure des conventions d'administration sans pourtant être capable de contracter (§1). Cette situation étonnante est justifiée par certains présupposés attachés à la capacité contractuelle que l'on ne retrouve pas s'agissant des conventions d'administration. En théorie, certaines conséquences liées aux contrats impliquent pour les parties la possibilité d'être titulaires de droits et obligations (§2). De l'étude de ces éléments ressort alors avec netteté la fonction substitutive assurée par les conventions d'administration.

¹⁶¹ On rencontre une telle pratique concernant les conventions de coopération internationale conclues entre des collectivités publiques, comme les conventions de jumelage. Leur contenu est très variable ainsi que le rappelle une circulaire « relative à la coopération des collectivités territoriales françaises avec des collectivités territoriales étrangères », édictée en 1994, pour l'application de la loi d'orientation du 6 février 1992 : « par convention, il faut entendre tout contrat ou acte signé entre des collectivités territoriales françaises et étrangères comportant des déclarations, des intentions, des obligations ou des droits opposables à l'une ou l'autre partie. Sont visées par la loi aussi bien les conventions ayant un caractère déclaratif que celles pouvant avoir des conséquences matérielles, financières, ou réglementaires pour ces collectivités ».

§1. Une dissociation suggérée par les pratiques administratives

310. Surprenant en soi¹⁶², le phénomène de contractualisation entre les services relevant d'une même personne publique recouvre des pratiques diverses. Il semble, en tous les cas, que les parties ne cherchent qu'exceptionnellement à conclure un contrat¹⁶³. Pour elles, il s'agit surtout d'établir des relations d'ordre conventionnel, sans nécessairement créer des obligations à leur charge, ou des droits à leur profit. En ce sens, ces nouveaux procédés n'incitent pas à revenir sur l'impossibilité de contracter qui frappe les services appartenant à un même sujet (b). Ils doivent, en revanche, conduire à reconnaître à ces entités une capacité conventionnelle minimale (a). Et surtout, les pratiques contemporaines permettent d'envisager une disjonction entre la capacité contractuelle et la capacité conventionnelle.

a) La possibilité de convenir entre services

311. M. Mescheriakoff considère que les services sont capables de conclure tant des conventions que des contrats¹⁶⁴. Cela provient du fait qu'il n'opère aucune distinction entre les actes conventionnels. Seulement, l'analyse de plusieurs actes passés entre services montre bien que ceux-ci ne comportent pas de stipulation impérative. Et tel ne pourrait pas être le cas. En définitive, ces pratiques paraissent s'épuiser dans les seules conventions d'administration. Une semblable hypothèse est à la fois envisagée par les acteurs publics ou par la doctrine (1°) et admise par le juge (2°).

1° Une possibilité parfois envisagée

312. S'intéressant aux conventions entre personnes publiques, M. Moderne a pu y percevoir un « mode d'aménagement interne de l'administration »¹⁶⁵. Cette appréciation se justifie dans la mesure où, en droit français, « l'idée prévaut que les relations entre entités de la sphère publique, même personnalisées, relèvent d'une sorte

¹⁶² Un tel étonnement est, par exemple, suggéré au sujet de « contrats » conclus entre un organe déconcentré et les services centraux (G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, th., Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1981, p. 361). V. aussi, F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, pp. 56-57.

¹⁶³ V. par ex., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 10.

¹⁶⁴ A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1130 et s.

¹⁶⁵ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 2. V. aussi, J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, pp. 94-99 ; J. GOURDOU, « Les autres contrats passés par l'administration », *CFP*, 2001, n° 200, p. 10.

d'ordre intérieur »¹⁶⁶. Une telle idée est du reste partagée par la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁶⁷. À plus forte raison, cette analyse vaut pour les conventions d'administration signées entre des organes dépendant d'une même personne morale. Cette pratique s'est répandue progressivement dans l'ensemble des institutions afin d'y renouveler l'ordre intérieur. Elle provient tant de sollicitations textuelles que des initiatives propres à chaque administration. De ce point de vue, ce phénomène est donc hétérogène.

D'une part, il arrive que la signature de ces conventions soit suscitée par voie de circulaires, et même parfois rendue obligatoire par des dispositions légales ou réglementaires. À ce titre, une circulaire du 7 juillet 2008 *relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État*¹⁶⁸ a proposé la création de « plates-formes de mutualisation de la gestion des ressources humaines ». Celles-ci ne disposent vraisemblablement pas d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État. Pourtant, elles sont susceptibles de passer des conventions avec les réseaux ministériels chargés de la mobilité¹⁶⁹. De même, concernant le domaine médical, c'est l'ancien article L. 714-26-1 du Code de santé publique qui prévoyait : « les établissements de santé peuvent mettre en place des procédures de contractualisation interne »¹⁷⁰. Il s'agissait de conventions conclues entre le directeur de l'établissement et le directeur d'un centre de responsabilité, simple service dépourvu de la personnalité juridique¹⁷¹. On compte enfin de nombreuses conventions internes au sein des services ministériels résultant en particulier de la Loi organique portant loi de finances¹⁷².

D'autre part, des services administratifs peuvent sans doute recourir spontanément à cette méthode. Toutefois, il est difficile d'en mesurer avec précision

¹⁶⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 401. V. aussi, au sujet des contrats de plan, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 69 et s.

¹⁶⁷ Ch. MAUGÜÉ, obs. sous l'arrêt CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, *BJCP*, 2005, p. 185.

¹⁶⁸ Point III C de la circulaire du 7 juill. 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État, *JORF*, 9 juill. 2008, p. 11009. V. égal., la circulaire du 23 févr. 1989 relative au renouveau du service public, *JORF*, 24 févr. 1989, p. 2526.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 11009.

¹⁷⁰ V. sur ce sujet, J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, pp. 957-960.

¹⁷¹ Cependant, elles étaient parfois analysées comme de faux-contrats : « il ne s'agit pas d'un contrat mais d'un acte unilatéral négocié, d'un protocole d'accord relatif à l'organisation du service public » (*ibid.*, p. 960).

¹⁷² C. BOUILLART, O. LECLERCQ et P.-A. LECOCQ, « Les services de la défense à l'heure de la contractualisation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, pp. 102-105.

l'utilisation puisqu'elle demeure par définition un outil de gestion interne. Aussi n'a-t-elle pas vocation à faire l'objet d'une diffusion publique. Naguère, la conclusion d'actes conventionnels entre administrations était rarement révélée. Il pouvait arriver, de façon ponctuelle, que le juge en fasse état, comme M. Labetoulle dans ses conclusions sur la décision *Union des assurances de Paris*. Ce dernier évoquait alors « un “protocole d'accord” conclu, à l'intérieur de la personne morale État, par la D.G.R.S.T. et le ministère des Postes »¹⁷³ en ajoutant qu'il avait précédé une convention entre deux personnes publiques « rédigé[e] dans les mêmes termes »¹⁷⁴. Dorénavant, les conventions internes font peu à peu l'objet d'une publicité numérique. Elles traduisent ainsi la période contemporaine marquée par un souci de communication portant sur le droit.

313. Ces phénomènes singuliers attirent l'attention de la doctrine. Celle-ci les envisage tantôt comme des manifestations non-juridiques, tantôt comme des actions engendrant des effets de droit. Quoi qu'il en soit, ils ne laissent pas indifférents les auteurs publicistes. Notant l'existence des « contrats de service »¹⁷⁵, M. Seiller considère, par exemple, que « ce phénomène remet apparemment en cause le postulat selon lequel un contrat ne peut lier que deux personnes juridiquement distinctes »¹⁷⁶. D'autres auteurs analysent les conventions internes comme « une situation *a priori* curieuse si la capacité de contracter est liée exclusivement à la personnalité morale »¹⁷⁷. Admettre cette méthode d'administration interne n'implique-t-il pas alors de reconnaître une capacité minimale à ces entités ? Une telle aptitude pourrait parfaire la nécessaire individualisation des services sans menacer l'unité de la personne morale. Si tel n'était pas le cas, la cohérence des principes dominant l'action administrative serait incidemment compromise.

¹⁷³ D. LABETOULLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA*, 1983, p. 356 (nous soulignons).

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 357.

¹⁷⁵ Il faut remarquer que cette expression, utilisée dans une circulaire du Premier ministre en date du 26 juillet 1995, peut introduire une ambiguïté. En l'espèce, il s'agit bien de *contrats entre services*. Cette formulation est préférable, car elle ne recoupe pas la notion de « contrat de service », définie comme « un contrat par lequel une des parties, le prestataire de service, s'engage vis-à-vis d'une autre partie, le donneur d'ordre, client, ou maître de l'ouvrage, moyennant un prix ou à titre gratuit, à fournir de manière indépendante un service ou un résultat de son activité intellectuelle ou manuelle ou des deux » (Y. MERCHERS, « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 434).

¹⁷⁶ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 39.

¹⁷⁷ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « précis », 6^{ème} éd., 2010, p. 203.

314. Cette proposition est d'autant plus réalisable qu'elle pourrait être limitée à une capacité conventionnelle, et non contractuelle. Car, en pratique, les services ne sont pas conduits à passer des contrats. Leurs relations se limitent à fixer des objectifs afin d'encadrer leurs actions, ou même à émettre des opinions dépourvues d'effets juridiques. Dans ce dernier cas, il s'agit alors de phénomènes qui ne requérant aucune habilitation particulière des parties puisqu'ils sont exclus du droit. Une comparaison peut être dressée avec les procédés unilatéraux aboutissant à la formulation d'opinions ou de vœux. Pour le juge administratif, ces actions sont susceptibles d'empiéter sur la compétence d'une autre autorité. Cela est cependant conditionné par le fait que leurs finalités répondent à un intérêt public correspondant à la personne morale au nom de laquelle l'acte est édicté¹⁷⁸. À cet égard, M. Douence estime qu'une « convention conclue sans base légale mais dont le contenu est parfaitement compatible avec la légalité pourra être exécutée volontairement par les parties contractantes, sans que les tiers puissent s'y opposer. Dans ce cas, la convention vaut comme une déclaration d'intention, sans force contraignante autre que morale »¹⁷⁹. De même que la possibilité de prodiguer des conseils ne semble pas circonscrite par la réglementation des compétences¹⁸⁰, celle de conclure des conventions d'administration peut échapper à la capacité contractuelle. Certes, la procédure conventionnelle est moins marquée par un « caractère éminemment factuel »¹⁸¹. Car elle fait souvent l'objet de textes institutifs et répond à des exigences formelles minimales. Malgré tout, il arrive qu'elle ne dépende d'aucun cadre juridique. Sous certaines réserves, un rapprochement utile peut donc être opéré entre ces deux phénomènes.

315. Comme l'envisagent parfois les auteurs, lorsque l'acte ne présente pas toutes les caractéristiques du contrat, mais produit des effets juridiques, une habilitation spécifique est souhaitable. Une exigence théorique la sollicite et n'oblige pas à reconnaître une capacité contractuelle. La différence de nature entre ces actes conventionnels pourrait dès lors justifier l'existence de normes d'habilitation distinctes. Une capacité conventionnelle, distincte de la capacité contractuelle, pourrait fort bien suffire. En tous les cas, si aucun principe n'impose qu'un service détienne une habilitation pour passer une convention dont les conséquences sont exclusivement morales,

¹⁷⁸ V. not., CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers, Rec.*, tab., p. 638.

¹⁷⁹ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 125, note 36.

¹⁸⁰ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », *DA*, 2005, étude 18, p. 12.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 12.

il en va autrement pour les conventions d'administration. Une solution simple consisterait à dissocier de la capacité contractuelle une capacité conventionnelle suffisante pour la conclusion d'actes dont les stipulations ne comportent pas d'obligation.

2° Une possibilité déjà consacrée

316. De manière prospective, le rapport du Conseil d'État pour 2008 estime souhaitable de consacrer les relations conventionnelles établies au sein d'une même personne morale. Selon le rapport, « la convention d'objectifs et de moyens peut ou doit devenir un outil de gestion interne de l'administration au même titre que la circulaire dans l'ordre unilatéral »¹⁸². Ce souhait suggère, en fait, une volonté de systématisation de la part du juge. Car sa jurisprudence offre déjà des consécration ponctuelles de procédés conventionnels à l'intérieur des institutions. Aussi permet-elle, dès à présent, d'envisager une capacité conventionnelle distincte de la capacité contractuelle. Il convient au surplus de noter que l'ambition du Conseil d'État est aujourd'hui plus modeste qu'elle ne l'était naguère au vu de certaines décisions antérieures.

317. De façon étonnante, le juge administratif a déjà admis la validité d'un contrat passé entre l'État et l'un de ses organes. Une interprétation de la décision *Du-puis*¹⁸³, rendue le 11 juillet 2001, suggère en effet une pareille affirmation. Bien qu'isolée, cette jurisprudence savère très représentative des difficultés théoriques pour appréhender la conclusion d'un acte conventionnel interne. Pourtant cet arrêt a peu retenu l'attention de la doctrine, sinon s'agissant de la compétence du juge administratif à l'égard des agents publics recrutés à l'étranger¹⁸⁴. L'espèce était fort simple : après avoir été engagé par un établissement scolaire implanté à Dehli, un professeur de français et de philosophie a été informé que son contrat ne serait pas reconduit pour l'année suivante. Or le juge a estimé qu'il « ne résult[ait] pas de l'instruction que l'école française de Dehli posséderait une personnalité morale distincte de celle de l'État français ». Ainsi que le précise le commissaire du gouvernement dans une note,

¹⁸² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 230. On peut noter ici une évolution importante du discours organique, puisque le Vice-président du Conseil d'État évoquait, quelques années auparavant, au sujet des conventions entre les services d'une même personne un accord « non formalisé, qui a une portée morale, une portée politique mais pas de valeur juridique » (R. DENOIX DE SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970).

¹⁸³ CE, 11 juill. 2001, *Du-puis*, *Rec.*, p. 362.

¹⁸⁴ M. GUYOMAR, note sous l'arrêt CE, 11 juill. 2001, *Du-puis*, *CFP*, déc. 2001, p. 29.

la situation institutionnelle de l'école est assimilable à un « simple démembrement de l'ambassade de France »¹⁸⁵.

À partir de cette remarque, en l'absence de capacité conventionnelle distincte, aucun contrat ne devrait pouvoir être conclu entre l'État et l'établissement scolaire. Une convention a pourtant bien été signée entre ces deux entités. L'arrêt détaille même l'une de ses stipulations selon laquelle l'école française « a agi pour le compte de l'État français ». Cette décision implique donc un double paradoxe théorique. D'une part, elle reconnaît la possibilité de conclure un contrat entre une personne morale et l'un de ses organes. D'autre part, elle ajoute un élément superfétatoire en précisant que l'école agit pour le compte de l'État français. Puisqu'elle ne dispose pas d'une personnalité juridique propre et qu'elle est rattachée à l'État, cela suppose nécessairement qu'elle agit au nom et pour le compte de ce dernier.

318. En dépit de ces maladresses, la jurisprudence *Dupuis* montre que le juge administratif n'est pas opposé à la reconnaissance d'une capacité conventionnelle au profit de certains services¹⁸⁶. Pour des motifs d'opportunité, il est également arrivé au législateur de prévoir la conclusion de « protocoles » entre une personne morale et l'une de ses composantes. L'article 23 de la loi du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* énonce ainsi que « des contrats sont conclus entre les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution concernés et les utilisateurs de ces réseaux. *Dans le cas où les gestionnaires des réseaux publics concernés et les utilisateurs de ces réseaux ne sont pas des personnes morales distinctes, des protocoles règlent leurs relations* »¹⁸⁷. Il faut rappeler que, au moment de la rédaction du texte, Électricité de France (EDF) était encore chargée de la gestion du réseau, tout en l'utilisant. Car le Réseau de transport d'électricité (RTE) ne bénéficiait alors pas juridiquement d'une personnalité morale propre. Ainsi, les cinquante-six protocoles, datés du 11 octobre 2001 entre EDF et RTE, ont bel et bien été signés entre une personne juridique et ce qui était encore l'un de ses services¹⁸⁸. La nuance terminolo-

¹⁸⁵ R. SCHWARTZ, note sous l'arrêt CE, 11 juill. 2001, *Dupuis*, *DA*, 2001, comm. 240.

¹⁸⁶ À ce propos, la jurisprudence *Unipain* ne saurait être entendue comme interdisant cette reconnaissance. V. en ce sens, Ch. MAUGUÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 37.

¹⁸⁷ Art. 23 de la loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, 11 févr. 2000, p. 2143 (nous soulignons).

¹⁸⁸ RTE n'a acquis la personnalité juridique que depuis la loi du 9 août 2004. En particulier, l'article 5 de la loi dispose : « La gestion du réseau de transport d'électricité ou de gaz est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture d'électricité ou de gaz » (art. 5 de la

gique utilisée ne constitue guère plus qu'un médiocre subterfuge. Ces conventions se heurtent à un sérieux obstacle puisqu'ils supposent nécessairement l'attribution d'une capacité conventionnelle au service administratif chargé du réseau.

319. Encouragé, le phénomène de contractualisation interne semble déjà admis. Si, pour des motifs d'opportunité, l'utilisation du contrat au sein des institutions a même été validée, on peut penser que rien ne s'oppose à celle de simples conventions d'administration. Théoriquement, la reconnaissance relative contrat emporte *a fortiori* celle des conventions d'administration. Car il faut souligner que la possibilité de convenir rencontre des difficultés moindres par rapport à celles que connaît la possibilité de contracter. C'est sans doute pourquoi le Conseil d'État propose, à juste titre, de circonscrire la capacité des services à une habilitation à conclure de simples conventions¹⁸⁹. Il exclut ainsi l'existence d'une capacité contractuelle à leur profit, et maintient implicitement l'impossibilité, pourtant malmenée, de contracter entre services.

b) L'impossibilité de contracter entre services

320. Favorables ou non à la conclusion de conventions internes, la plupart des auteurs s'accordent au moins sur l'impossibilité de contracter entre services. Car ce procédé, s'il a gagné les relations intra-institutionnelles, trouble certains principes juridiques élémentaires¹⁹⁰. Parmi ceux-ci, le plus évident repose sur le fait de relier à une même personne juridique l'expression de deux volontés distinctes. M. Jégouzo rappelle ainsi qu'un contrat résulte « d'un accord de volonté entre sujets de droit ayant la capacité de contracter et donnant naissance à une obligation juridique »¹⁹¹. Il écarte par conséquent l'existence de tels actes entre les services d'un même sujet¹⁹². De

loi n° 2004-803 du 4 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF*, 11 août 2004, p. 14256. V. spéc., dans la même loi, les art. 7 à 10).

¹⁸⁹ V., pour une approche de la question sous l'angle de l'organisation des services, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 231.

¹⁹⁰ V. par ex., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 435 ; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La contractualisation du service public », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, spéc. pp. 56-57 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551 et spéc. p. 556 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 289.

¹⁹¹ Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 547.

¹⁹² *Ibid.*, p. 548. V. aussi, B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats conclus entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139 ; É. FATÔME et J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 142 ; G. MARCOU, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003, p. 983.

même, un autre auteur écrit : « dans le contexte actuel, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que le contrat, au sens juridique du terme, postule la participation de deux personnes juridiques distinctes, et que l'on ne contracte pas avec soi-même. Il s'agit donc, en réalité, de simples modalités de gestion, de « management » substituées à la traditionnelle régulation hiérarchique »¹⁹³. De façon générale, il est ainsi admis que les « services n'ont pas la capacité de contracter »¹⁹⁴. On parvient alors logiquement à la conclusion suivante : « les contrats internes à l'administration ne sont que des pseudocontrats, en l'absence de parties juridiquement distinctes »¹⁹⁵.

321. Plusieurs interprétations peuvent être avancées pour expliquer l'intangibilité de ce principe. Comme le résume M. Richer, « il est difficile pour le droit administratif français de concevoir la rencontre des volontés de deux organes de l'État : la volonté est une, le contrat entre deux organes ou deux autorités de l'État est proprement inconcevable »¹⁹⁶. Dans le même ordre d'idées, M. Rolin écrit que « pour la capacité à contracter, il y a une liaison forte entre personnalité juridique et capacité à contracter. Peut-être parce qu'ici, *on n'accepte pas l'idée qu'il y ait une volonté qui puisse s'exprimer sans que cette volonté ne soit personnalisée* »¹⁹⁷. Une telle carence justifie par exemple que les territoires désignés par l'appellation de pays, lorsqu'ils sont dépourvus de personnalité juridique, ne soient pas capables de conclure des contrats¹⁹⁸.

322. Dans toutes ces situations, les parties ne peuvent valablement exprimer un consentement manifestant la volonté d'une personne juridique. Mais, au-delà de ce point commun, il est possible de classer les différentes hypothèses en deux ensembles. Soit les parties à l'acte ne sont pas personnalisées. Leur existence ne se rat-

¹⁹³ S. REGOURD, « Regard critique sur la « fièvre contractuelle » des collectivités territoriales », in *Mélanges J.-A. Mazères*, Litec, 2009, p. 711.

¹⁹⁴ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 37.

¹⁹⁵ Th. TANQUEREL, « L'offensive du contrat dans le droit administratif suisse », *AJDA*, 2006, p. 393. V. part., J. CAILLOSSE et J. HARDY, *Droit et modernisation administrative*, La documentation française, DGAFFP, 2000, pp. 75-86.

¹⁹⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 11. V. aussi, G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 2, p. 395.

¹⁹⁷ F. ROLIN, Intervention au débat, in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, pp. 117-118 (nous soulignons). V. égal., M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 608.

¹⁹⁸ J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan », *RA*, 2001, p. 62 ; J.-L. PISSALOUX, « Vers le renouveau des pays », *JCP A*, 2003, spéc. p. 1633. Cependant, des conventions sont conclues entre l'État et les pays (v. not., P. MERLIN, *L'aménagement du territoire en France*, Documentation française, coll. « études de la documentation française », 2007, p. 42). Cela peut être admis, lorsque le pays est constitué sous la forme d'un GIP par exemple, comme le permet la loi (art. 236 de la Loi n° 2005-157 du 23 févr. 2005 relative au développement des territoires ruraux, *JORF*, 24 févr. 2005, p. 3073).

tache alors à aucun sujet doté de la capacité contractuelle. Les pays en fournissent une bonne illustration. Soit le consentement des cocontractants provient de la volonté d'une même personne juridique, ce qui crée inmanquablement une incohérence logique. Parce qu'un même sujet est alors réputé vouloir des choses différentes¹⁹⁹, tout en les exprimant de façon concomitante. S'agissant de la poudrerie nationale de Pont-de-Buis, le Conseil d'État a ainsi estimé qu'elle « n'a pas de personnalité distincte de celle de l'État ; elle est juridiquement un service de l'État dépendant du ministère de la Défense nationale. Dans ces conditions, elle ne peut passer un contrat avec l'État »²⁰⁰. Ce comportement schizophrénique ne correspondrait assurément pas aux conditions formelles de l'acte conventionnel tenant à la réciprocité des consentements²⁰¹. Cette dernière implique en effet que chaque partie dispose d'une capacité indépendante de celle des autres auteurs. Les réserves de la doctrine, et du juge, envers l'utilisation du procédé contractuel à l'intérieur d'une même personne juridique s'expliquent, en partie, par ce paradoxe sur lequel elle repose.

323. Toutefois, l'interdiction de contracter entre organes mérite surtout d'être maintenue pour un autre motif. Il est assez aisé, en fait, de contourner la précédente difficulté relative aux auteurs. Il suffit pour cela d'individualiser partiellement les organes afin qu'ils puissent conclure des conventions. C'est d'ailleurs précisément une implication de la politique préconisée par le rapport du Conseil d'État. En revanche, un obstacle plus sérieux est constitué par la capacité patrimoniale sans laquelle il est inenvisageable de conclure un contrat. L'impossibilité de contracter repose fondamentalement sur cette inaptitude. Or celle-ci n'affecte pas, de manière aussi directe, la capacité de conclure des conventions d'administration. Cela justifie que puissent être envisagée la passation de tels actes et non de contrats.

§2. Une dissociation confortée par des implications théoriques

324. Pour la détermination et l'exécution des stipulations contractuelles, les sujets des contrats doivent théoriquement détenir et pouvoir jouir d'un patrimoine, en-

¹⁹⁹ V. not., Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 57 : « il semble *a priori* difficile de concevoir qu'un contrat puisse exister au sein d'une même personne morale entre deux entités appartenant à cette même personne morale. Le principe d'unité de la personnalité juridique de l'État paraît y faire obstacle, car on ne voit pas comment pourrait s'y manifester des volontés distinctes ».

²⁰⁰ CE, Avis, Sect. trav. pub., 6 mai 1958, n° 274337, *GACE*, 1^{ère} éd., 1997, p. 674. V. impl., D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 90.

²⁰¹ Cela ne joue pas, en revanche, dans le cadre d'actions unilatérales négociées. Dans cette hypothèse, plusieurs organes d'une même personne juridique peuvent se prononcer, mais alors les consentements exprimés concourent à la réalisation de l'acte.

tendu dans une acception large²⁰². Puisque le propre de l'acte contractuel réside dans la définition de droits et obligations, la capacité contractuelle suppose l'existence d'une capacité patrimoniale (a). Au contraire, les conventions d'administration ne produisent pas d'effets patrimoniaux, du moins directement. Des entités ne disposant pas d'une capacité patrimoniale peuvent donc valablement conclure de tels actes (b).

a) La capacité patrimoniale impliquée par la capacité contractuelle

325. Jusqu'alors, la personne juridique n'a été envisagée que dans l'optique de la capacité contractuelle. Mais, d'un point de vue historique, cette technique fut d'abord utilisée afin de permettre l'attribution d'un patrimoine à une entité²⁰³. La construction de la théorie de la personnalité publique réside fondamentalement dans un artifice : rendre possible le rattachement de droits et d'obligations à une personne qui n'a pas la réalité physique de l'individu²⁰⁴. À cet égard, le contrat apparaît comme un outil d'administration des moyens patrimoniaux des sujets²⁰⁵. Il sert, par exemple,

²⁰² V. not., P.-L. FRIER, « Patrimoine », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, pp. 1132-1136. Cette notion est distincte de celle de patrimoine national (Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 13^{ème} éd., 2008, p. 7).

²⁰³ V. en ce sens, Ph. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, spéc. pp. 41-42. Comme le souligne M. Auby, « Une personne publique, c'est donc un patrimoine, c'est-à-dire un lot de biens et d'obligations constituant une unité [...] dont le sujet-personne publique est le centre » (J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 210). De même, B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 11 : « on dira donc que la personnalité juridique consiste tout d'abord en des biens et des obligations ; ensuite, en l'aptitude à être titulaire de ces biens et de ces obligations ». V. égal., G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Daloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, pp. 47-50 et pp. 58-59 ; J.-Cl. DOUENCE, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, p. 764 et s. ; J.-M. de FORGES, *Droit administratif*, PUF, coll. « Premier cycle », 6^{ème} éd., 2002, pp. 89-93 ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, th., LGDJ, coll. « BDP », 2001, t. 219, pp. 181-183 ; J. PETIT, « Rapport de synthèse », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 250.

²⁰⁴ V. par ex., R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 34 ; A. MESTRE, « La notion de personnalité morale chez Rousseau », *RDP*, 1902, p. 447. V. égal., M. FROMONT, « Rapport introductif », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 2.

²⁰⁵ En atteste le titre préliminaire du *Précis de droit administratif et de droit public* ; Maurice Hauriou y écrit : « quand nous constaterons que les administrations publiques telles que l'État, le département, les communes, les colonies, les établissements publics, sont toutes personnifiées, nous nous souviendrons que cette personnification est due à leur qualité de chefs d'entreprises déterminées exigeant la constitution de patrimoines » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 17 (nous soulignons)). Ainsi est-ce la nécessité de pouvoir composer un patrimoine qui aurait justifié le recours à la notion de personne publique. Voilà pourquoi le doyen de Toulouse voit dans la possession de biens un indicateur de la personnalité juridique de l'organisme (*ibid.*, pp. 42-43). Il raisonne de manière inductive en remontant à la qualité de sujet de droit. Ainsi, « la personnification d'un rouage administratif est décelée par l'acquisition de biens » (*ibid.*, p. 49). Dans une large mesure, la gestion du patrimoine impliquait donc aussi une capacité contractuelle. On retrouve la même idée dans la plupart des ouvrages de la première partie du XX^e siècle, avec quelques nuances. V. par

à en faire varier la consistance. Voilà pourquoi l'aptitude à conclure des contrats implique une capacité patrimoniale : il s'agit pour chaque contractant d'un pouvoir d'administrer son patrimoine (1°) et, le cas échéant, de pouvoir répondre sur son patrimoine (2°).

1° Une capacité d'administrer un patrimoine

326. Intuitivement, la capacité de conclure un contrat semble indissociable d'une capacité patrimoniale. Ce sentiment se vérifie puisque, au-delà de l'acte juridique, les cocontractants vont précisément chercher à nouer des relations portant sur des ensembles distincts²⁰⁶. La création d'obligations juridiques est d'ailleurs analysée sous cet angle par les auteurs privatistes²⁰⁷. Et, très tôt, Louis Gouget a affirmé que « les effets d'un contrat doivent se produire d'une façon externe, c'est-à-dire entre patrimoines différents et non point d'une façon interne, dans les limites d'un patrimoine unique »²⁰⁸. Ainsi l'aptitude à contracter est-elle arrimée sur celle à posséder et à jouir d'un patrimoine propre²⁰⁹.

327. En témoignent de façon évidente les marchés publics. Qu'ils soient de travaux, de fournitures ou de services, ces contrats sont définis par le Code des marchés publics comme « conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins [...] »²¹⁰. Doit alors correspondre à la prestation fournie une contrepartie, la-

ex., H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 8^{ème} éd., 1916, pp. 25-44 ; H. BERTHÉLEMY, « Défense de quelques vieux principes. Sur la personnalité morale », in *Mélanges M. Hauriou*, Sirey, 1929, p. 827 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, Marcel Giard, rééd. Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, pp. 24-28 ; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 1951, p. 32 : « elle [la personne morale] correspond seulement à un procédé de pure technique juridique derrière lequel il y a des réalités très simples : des individus et un patrimoine affecté à un certain but autre qu'un but individuel » ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Arthur Rousseau, 1910, pp. 627-628.

²⁰⁶ V. not., B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 86. Cette comparaison ne saurait négliger les différences entre la théorie civiliste du patrimoine et celle valant pour les personnes publiques (J. PETIT, « Rapport de synthèse », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 252).

²⁰⁷ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 11^{ème} éd., 2007, p. 1 ; v. impl., L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 34.

²⁰⁸ L. GOUGET, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, th., Charles Valin, 1903, p. 2 et spéc. pp. 74-75. V. de façon explicite, Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, p. 236 : « il n'est pas douteux que le contrat crée des rapports entre deux patrimoines ».

²⁰⁹ Cela peut être rapproché de la relation établie par M. Sériaux : « l'avoir authentique suppose toujours le droit de posséder » (A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine », *RTDcin.*, 1994, p. 809).

²¹⁰ Art. 1^{er} du code des marchés publics (nous soulignons).

quelle se matérialise généralement par le paiement d'un prix par l'acheteur public. Cela met incontestablement en jeu le patrimoine de la personne publique. Mais le Code des marchés publics ne limite pas la contrepartie à une somme versée par le cocontractant. Il peut s'agir d'une rémunération indirecte, comme le permet la jurisprudence du Conseil d'État²¹¹. Critiquée, cette interprétation du texte n'altère cependant pas l'idée que les marchés publics requièrent l'utilisation d'un patrimoine. Au demeurant, la réalisation même de la prestation emporte, sous diverses formes, des effets sur ce dernier.

Moins évidemment, les contrats de délégation de service public attestent aussi du lien entre la capacité contractuelle et la capacité patrimoniale. Outre le fait que la partie délégante verse souvent une subvention au délégataire – laquelle complète la rémunération perçue sur les usagers²¹² – l'objet de l'acte suppose, la plupart du temps, la possession d'un bien ou d'un domaine. De telles relations incluent ainsi une dimension patrimoniale. Cela s'avère particulièrement vrai s'agissant des contrats d'affermage, comme l'implique leur définition²¹³. Par ce procédé, « la collectivité affermante confie [en effet] au fermier uniquement l'exploitation du service et l'entretien des ouvrages à l'exclusion des travaux ou des investissements à caractère immobilier »²¹⁴. En droit administratif, comme en droit privé, l'aptitude à contracter suppose donc de pouvoir mettre en jeu des éléments d'un patrimoine.

328. Si bien qu'il arrive à certains auteurs d'inclure la capacité patrimoniale dans la définition de la capacité contractuelle. Pour eux, la signature de l'acte signifie non seulement la possibilité de le conclure, mais surtout d'en exécuter les stipulations²¹⁵. Cela implique, par exemple, de pouvoir recevoir ou donner, qu'il s'agisse d'un bien ou d'un service.

²¹¹ CE Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *Rec.*, p. 477.

²¹² CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest Seine-et-Marnais*, *Rec.*, p. 230.

²¹³ V. en part., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 317 : « L'affermage est une convention par laquelle une personne publique charge d'un service public une autre personne, qui en assure l'exploitation sous sa responsabilité grâce aux ouvrages qui lui sont remis et verse en contrepartie des redevances à la personne publique cocontractante ». V. aussi, Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., pp. 228-229.

²¹⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6^{ème} éd., p. 542.

²¹⁵ V. en ce sens, S. GODELAIN, *La capacité dans les contrats*, th., LGDJ/Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », vol. 11, 2007, p. 25 : « la condition de capacité contractuelle correspond à la détermination des qualités du contractant de nature à lui conférer l'aptitude à conclure et exécuter un contrat »

Ainsi, un nouvel obstacle théorique se dresse à l'encontre des contrats qui pourraient être conclus au sein d'une même personne juridique. Sauf à admettre un fractionnement patrimonial, une telle action conduirait à des mouvements au sein d'un seul patrimoine. Cette observation dénote un paradoxe des contrats internes qui se surajoute à celui relevé s'agissant de l'expression des consentements. En effet, passer un contrat entre services d'un même sujet, engageant un même patrimoine, constitue un non-sens. Les obligations et les droits créés sont comme neutralisés par les stipulations contractuelles puisqu'ils visent un même ensemble. D'un point de vue patrimonial, les contrats internes sont improductifs²¹⁶. Ils ne déploient aucun effet. C'est le sens qu'il convient d'attacher à l'affirmation suivante : « ce qu'il faut donc proclamer, ce n'est pas seulement l'impossibilité de se vendre à soi-même sa chose, ou de constituer sur elle à son profit propre un droit réel quel qu'il soit, c'est l'impossibilité de conclure, relativement à des objets de son propre patrimoine, un contrat avec soi-même »²¹⁷.

Moyen d'action publique, le contrat est également un mode d'administration d'un patrimoine. Il s'ensuit que la capacité de contracter doit s'accompagner d'une capacité patrimoniale propre. L'incohérence des pratiques internes trouve une explication certaine dans cette liaison essentielle. Parce que les services ne disposent pas d'un patrimoine distinct, ils sont en conséquence inaptes à conclure des contrats entre eux. Au surplus, cette proposition se vérifie dans une hypothétique mise en jeu de la responsabilité des cocontractants.

2° Une capacité de répondre sur un patrimoine

329. Une situation conforte la nécessaire présence de plusieurs sujets de droit pour conclure un contrat. Elle tient dans l'éventuelle responsabilité des parties. Il arrive parfois que la réalisation d'un contrat donne lieu à réparation par l'intervention d'une sanction matérielle. Pathologique, cette dernière peut survenir en raison d'une exécution défectueuse des obligations, de leur inexécution pure et simple²¹⁸, ou en-

²¹⁶ V. en ce sens, au sujet des contrats de plan, J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 360.

²¹⁷ L. GOUGET, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, th., Charles Valin, 1903, p. 4.

²¹⁸ Sur ce point, les principes dominant les contrats administratifs ne sont pas différents des contrats privés : « le droit applicable à l'exécution des contrats administratifs [...] obéit, comme en droit privé, au principe de la force obligatoire des stipulations souscrites, à l'effet relatif des contrats et à la *responsabilité contractuelle des parties ayant manqué à leurs obligations* » (Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 1996, p. 85) (nous soulignons). V. pour un exposé précis, Ph. TERNEYRE, *La*

core sans qu'aucune faute ne soit commise²¹⁹. Ses fondements sont donc multiples mais sans importance dans le cadre d'une étude centrée sur la capacité contractuelle. Seules les modalités de la réparation comptent pour expliquer les nécessités de la responsabilité. En somme, les éventuels dommages-intérêts qui pourraient être exigés de la personne publique, dans le cadre d'un contentieux subjectif, supposent de pouvoir répondre sur un patrimoine²²⁰.

330. Plus précisément, cela oblige à disposer d'un patrimoine propre²²¹ et surtout distinct de celui de son cocontractant²²². Car la réparation du préjudice subi doit pouvoir s'opérer sur un patrimoine différent de celui du cocontractant demandant l'indemnisation. Si les deux parties dépendent d'un même patrimoine, aucune réparation ne peut bien entendu être effectuée, puisque l'on ajouterait au patrimoine autant qu'on lui amputerait. En d'autres termes, aucun transfert ne serait constatable en droit. Or les actes tenus pour des contrats internes se trouvent dans cette situation. À leur égard, toute action en responsabilité est rendue superflue eu égard à la communauté patrimoniale entre les parties. L'indemnisation viendrait grever puis renchérir le même patrimoine, cela constituerait de toute façon une aberration juridique. Voilà pourquoi certains membres du Conseil d'État déclarent : « il ne peut pas y avoir de recours de l'État contre l'État »²²³.

331. En ce sens, le recours à la technique des centres de responsabilité offre une illustration topique. Au-delà des transformations institutionnelles, la création de ces entités suscite la signature de simples conventions d'administration. Car, en dépit de leur dénomination, ces centres sont essentiellement utilisés pour atteindre un de-

responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, th., Économica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 77-125.

²¹⁹ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 756-786 ; Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Économica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 141-166.

²²⁰ Cela correspond à l'une des fonctions traditionnelles du contrat qui sert « à solenniser des engagements, à conforter des droits ou à délimiter des partages de responsabilité » (CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 136). V. plus généralement, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, pp. 185-187 (même si l'auteur raisonne en matière délictuelle) et pp. 295-300 (sur les rapports entre l'État, sa responsabilité et son patrimoine).

²²¹ V. impl., F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 2.

²²² Car l'obligé à la dette est, par principe, une partie au contrat (v. Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, th., Économica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, spéc. pp. 203-215).

²²³ G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, p. 59.

gré supérieur de responsabilisation des agents²²⁴. Il ne s'agit que d'une finalité purement managériale qui n'incite pas à envisager une responsabilité juridique d'ordre contractuelle.

En témoigne une circulaire du 25 janvier 1990 prévoyant que « ce contrat détermine, en contrepartie des assouplissements de gestion accordés par l'administration dont relève le centre, les engagements que celui-ci assume »²²⁵. Utilisées au sein de l'État²²⁶, de communautés urbaines²²⁷, ou des établissements de santé sous d'autres formes²²⁸, les conventions éventuellement conclues ne reposent pas sur des patrimoines distincts. En effet, l'une des parties ne dispose pas d'une capacité adéquate. Si elle regroupe des éléments humains et patrimoniaux, ceux-ci relèvent de la personne morale à laquelle les centres sont intégrés. Dès lors, ces actes ne s'analysent pas comme des contrats. Lesquels ne sauraient être conclus sans la possibilité, pour chaque partie, de répondre sur son propre patrimoine²²⁹.

332. En somme, quand bien même le contrat ne déploierait pas de conséquence patrimoniale directe, l'éventuelle responsabilité contractuelle invite à toujours lier capacité contractuelle et capacité patrimoniale. Sous l'angle matériel, le fait de conclure un contrat n'est pas forcément un acte de gestion. Mais il est au moins susceptible d'engager le patrimoine dans l'hypothèse d'une demande en dommages-intérêts. Dès lors, il serait curieux d'admettre la capacité contractuelle au profit d'une entité dépourvue de capacité patrimoniale. Une telle solution serait contraire à tout

²²⁴ V. not., le paragraphe 2 (pt. 3) de la circulaire du 23 févr. 1989 relative au renouveau du service public, *JORF*, 24 févr. 1989, p. 2526 ; la circulaire du 12 févr. 1996 relative à la convention centres de responsabilité, *BOMI*, n° 96/1, p. 234. V. aussi, J.-M. de FORGES, « Le volet hospitalier de la réforme de la protection sociale de 1996 », *RDSS*, 1996, pp. 730-731.

²²⁵ Paragraphe 1^{er} de la circulaire du 25 janv. 1990 relative au renouveau du service public : centres de responsabilités, *JORF*, 1^{er} févr. 1990, p. 1346.

²²⁶ V. s'agissant des « contrats » conclus entre un ministère et un centre de responsabilité, Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 5 et 12.

²²⁷ V. par ex., les « contrats » conclus, depuis le mois de janvier 2005, entre le directeur général du Grand Lyon et les directeurs de chaque centre de responsabilité (informations rapportées dans *Fiches pratiques financières*, 3 avr. 2008, n° 98, réf. 105-C. Consulté sur le site www.territorial.fr).

²²⁸ V. sur les « contrats » entre les établissements de santé et les pôles (v. la circulaire DHOS/E1 n°61 du 13 févr. 2004 relative à la mise en place par anticipation de la nouvelle gouvernance hospitalière ; le contrat-type de pôle du Centre hospitalier de Roanne, dans sa version de septembre 2007, consulté sur le site www.creer-hopitaux.fr), ou encore entre les équipes de l'hôpital, CE, 30 déc. 2009, *Confédération des praticiens des hôpitaux, Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes réanimateurs*, *AJDA*, 2010, p. 1276, note M.-L. Moquet-Anger.

²²⁹ V. *contra*, B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 109.

logique juridique. Au demeurant, il s'avère que les conventions internes sont exceptionnellement envisagées comme de véritables contrats et que les parties ne cherchent pas à mettre en jeu une improbable responsabilité contractuelle. Dans ces situations, l'aptitude à conclure des contrats pourrait ainsi être avantageusement remplacée par une simple capacité conventionnelle. Cela suffirait pour satisfaire le besoin de contractualisation et respecterait les exigences théoriques tenant à la capacité patrimoniale.

b) La capacité patrimoniale inutile pour la capacité conventionnelle

333. Si l'absence de capacités patrimoniales distinctes empêche la conclusion d'un contrat, elle tolère néanmoins la formation d'une convention d'administration. D'abord parce que ces dernières ne contiennent aucune stipulation impérative et n'ont donc pas vocation à créer des droits ou des obligations. Cela se justifie ensuite car elles ne sauraient, par définition, fonder une quelconque responsabilité contractuelle. La pratique semble du reste montrer que tel n'est pas l'intention des parties.

334. En premier lieu, l'exigence de sujets séparés est envisagée comme une condition pour l'attribution réciproque de droits et obligations. Lorsqu'une distinction nette des patrimoines fait défaut, la conclusion d'un contrat conduit à des solutions incohérentes. Au contraire, en raison de leurs effets modestes, les conventions d'administration peuvent être admises, même entre organes non dotés d'un patrimoine propre. Ne produisant pas de conséquence patrimoniale directe, elles offrent une alternative pour les administrations qui ne souhaitent pas prévoir des droits et obligations mais seulement fixer des directives. Cet aspect de la capacité des sujets n'est donc pas un obstacle à la conclusion de conventions d'administration.

Comme en atteste l'action administrative, l'habilitation à conclure une convention d'administration ne suppose nullement une telle exigence. La portée des clauses contenues dans ces actes est circonscrite à l'orientation d'actions ou à la détermination d'objectifs. Elle consiste en une technique d'inspiration managériale²³⁰, ce qui lui vaut parfois d'être maladroitement qualifiée de « quasi-contrat »²³¹. En tout état de cause, ces stipulations ne grèvent jamais directement le patrimoine des parties. Voilà

²³⁰ V. par ex., au sujet des contrats d'objectifs et de moyens au sein de la juridiction administrative, E. COSTA, « Des chiffres sans les lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA*, 2010, p. 1623 et s.

²³¹ Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 6.

pourquoi l'aptitude à disposer d'un patrimoine propre n'est pas une condition pour conclure une convention d'administration. Il s'agit d'une méthode d'action éminemment plus souple que le contrat. À la différence de la capacité contractuelle, laquelle est liée à la possibilité de disposer d'un patrimoine, la capacité conventionnelle n'est pas soumise à une telle condition. Leur dissociation s'en trouve ainsi confirmée.

335. Cette proposition est vérifiable s'agissant des conventions d'administration conclues entre plusieurs personnes juridiques. Parmi de nombreux exemples, les contrats de performance signés entre l'État et certains musées dotés de la personnalité juridique en fournissent une illustration probante²³². De leurs stipulations, il ne ressort aucun droit ou obligation susceptible d'affecter directement le patrimoine des parties. L'établissement public et son ministère de tutelle s'accordent simplement sur des objectifs respectifs dans le cadre d'une politique culturelle. D'ailleurs, dans un langage significatif, la direction du Louvre présente elle-même la convention conclue pour 2006-2008 comme « la véritable colonne vertébrale de son mode de management par objectifs, impliquant suivi d'indicateurs de gestion et *reporting* régulier »²³³. Et si ces actes peuvent viser des moyens humains, financiers ou matériels, il s'agit de prévisions qui ne constituent pas des engagements juridiques fermes, en règle générale.

À plus forte raison, conclure une convention d'administration interne ne requiert pas une capacité patrimoniale. Cette dernière est superflue pour passer un contrat d'objectifs et de moyens au sein de la juridiction administrative puisque cet acte n'est qu'un outil de gestion du service. Il requiert sans doute une faculté de prévision afin de maîtriser le travail du juge mais provoque surtout des effets organisationnels²³⁴. De même, les contrats de performance passés entre ministères ne confrontent pas deux patrimoines distincts. Ils se contentent de fixer des directives pour l'action des services de l'État²³⁵.

336. En second lieu, les sujets d'une convention d'administration sont fréquemment dans l'incapacité de répondre sur un patrimoine, dans l'hypothèse où ses stipulations ne seraient pas respectées. Les modalités d'une éventuelle responsabilité

²³² V. not., le contrat de performance entre l'État et le musée du Louvre, conclu le 11 juillet 2006 pour une période de deux années ; le contrat de performance entre l'État et l'établissement public de Versailles, conclu au mois de juillet 2008.

²³³ Document consulté sur le site internet www.louvre.fr.

²³⁴ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 37-38.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 36-37.

conventionnelle restent d'ailleurs à définir. Puisque le juge n'analyse pas ces actes comme de véritables contrats²³⁶, ceux-ci ne sauraient fonder une action en responsabilité contractuelle. Par ailleurs, la capacité d'ester en justice pour les parties à une convention interne n'est pas toujours évidente²³⁷. Cela n'exclut toutefois pas la possibilité de sanctionner autrement les défaillances d'une partie. Il ne saurait alors s'agir d'instruments nécessitant la réunion de capacités patrimoniales distinctes. Cette sanction consisterait, par exemple, en l'abandon d'une contrepartie envisagée, telle que l'attribution par une autorité administrative de moyens nouveaux au profit d'un service, qui dépend pourtant du même patrimoine. À ce titre, de nombreuses conventions internes rendent compte de ces modalités. Il en va ainsi pour les contrats conclus dans le cadre des centres de responsabilité ou des pôles. Sous diverses formes, ils sont signés par des entités en dépit de leur inaptitude à répondre sur un patrimoine indépendant de l'autre partie. Cette pratique confirme bien l'inutilité d'une capacité patrimoniale pour être habilitée à signer une convention d'administration.

337. Conclusion de section. Distinguée de la compétence, puis dissociée de la capacité contractuelle, la capacité conventionnelle paraît ainsi mieux identifiée. Bien que proches, ces normes d'habilitation n'en comportent pas moins des caractères spécifiques. Curieuse au premier abord, une telle présentation semble néanmoins convaincante car elle traduit les diverses conditions requises pour la conclusion d'un acte conventionnel. Et surtout, elle permet de fonder une distinction d'ordre subjectif entre les contrats et les conventions d'administration. En isolant la capacité conventionnelle, il devient plus aisé de justifier certaines situations qui apparaissent incohérentes au regard des sujets. Dans des hypothèses où le contrat est proscrit, les parties peuvent parfois y substituer une convention d'administration. De la sorte, celle-ci assure une fonction palliative et satisfait deux exigences contradictoires : la volonté de convenir et l'impossibilité de contracter. Cependant, encore faut-il mesurer les implications de l'attribution d'une capacité conventionnelle à certaines entités. Elle n'est pas sans poser de nombreuses difficultés.

²³⁶ V. not., CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie, Rec.*, p. 415 ; CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534.

²³⁷ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 109.

Section 2 : L'attribution de la capacité conventionnelle aux sujets

338. Attribuer la capacité conventionnelle à des entités disposant logiquement de la capacité contractuelle ne soulève pas de difficulté particulière. Aussi les personnes publiques ne seront-elles pas envisagées dans ces développements. Pour ces dernières, la capacité conventionnelle est présumée. Il convient seulement de veiller à son utilisation. Ces sujets ne peuvent, par exemple, se soustraire à l'obligation de conclure un contrat en feignant de passer une convention d'administration. Cette vigilance ne vaut que pour les entités combinant les deux capacités. Une semblable attention est, en revanche, superflue pour les parties uniquement habilitées à conclure une convention d'administration. Pour elles, la difficulté se situe en amont puisque l'attribution même de cette aptitude se heurte à diverses contraintes. En effet, visant à pallier l'absence de capacité contractuelle, la capacité conventionnelle n'échappe pas à certains obstacles. C'est pourquoi elle justifie une attention particulière.

339. Comme pour les contrats, les parties doivent exprimer des consentements issus de volontés suffisamment distinctes car les organes sont toujours réputés agir au nom de la personne morale dont ils relèvent. L'expression réciproque des consentements, issue d'entités appartenant à un seul sujet de droit, rencontre donc un même obstacle théorique. Dès lors, la conclusion d'une convention d'administration requiert la présence de plusieurs sujets. Cela suppose de comprendre le mécanisme d'attribution de la capacité conventionnelle, particulièrement dans le cadre des conventions internes²³⁸. En effet, ces relations rencontrent un empêchement de taille : l'unité de la personne juridique. De celle-ci procèdent des contraintes pour l'attribution de la capacité conventionnelle (Sous-section 1). Malgré tout, cela ne compromet pas toute initiative. Et un fort mouvement d'inspiration pragmatique

²³⁸ Lorsque l'on mentionne les conventions internes, sont visées celles conclues au sein d'une même personne morale. Ce n'est donc pas par opposition aux contrats internationaux, ou par référence aux contrats « in house », que cette expression est utilisée. D'ailleurs, ces derniers ne soulèvent pas de difficultés particulières s'agissant de la capacité à conclure une convention. La jurisprudence communautaire recourt à cette technique afin de justifier l'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence. Mais il s'agit toujours d'actes nés de l'accord de plusieurs personnes distinctes juridiquement. Le juge se livre, en revanche, à une assimilation qui pourrait prêter à confusions. En effet, l'un des critères réside dans le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur l'entité avec laquelle le contrat est conclu. Exigeant un contrôle analogue à celui opéré sur ses propres services (v. not., CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, I, p. 8121, *BJCP*, 2000, p. 43 ; CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *BJCP*, 2005, p. 180 ; CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, *BJCP*, 2009, p. 62), le juge pourrait laisser croire que la convention est signée au sein d'une même personne. Il n'en est rien. Et cela n'implique pas de s'interroger sur la possibilité de conclure ce contrat, mais sur les modalités pour le conclure.

oblige à envisager l'attribution d'une capacité conventionnelle à certains organes administratifs (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Une attribution empêchée

340. Malgré des spécificités certaines²³⁹, « l'État, en tant qu'il est personne publique, est tout à fait de même nature que les autres personnes publiques »²⁴⁰. Il peut ainsi servir de référentiel pour étudier les hypothèses d'attribution de la capacité conventionnelle. Cela est d'autant plus opportun que des empêchements frappent particulièrement l'État en raison de sa complexité structurelle. Ceux-ci résultent du caractère unitaire inhérent à la notion de personnalité juridique. En effet, attribuer la capacité conventionnelle à certaines des entités qui composent une personne morale peut en affecter l'unité. En tout cas, elle peut légitimement nourrir une telle impression puisqu'elle suggère un morcellement du sujet (§1). La doctrine et le juge administratif ont cherché à contourner cet obstacle. Diverses techniques sont susceptibles d'estomper l'incompatibilité entre l'aptitude des services à conclure des conventions et l'unité de la personne juridique. Mais elles ne permettent pas d'écarter parfaitement cet empêchement théorique (§2).

§1. Un empêchement tenant à l'unité de la personne juridique

341. La possibilité de conclure un contrat entre les services d'une même personne juridique se heurte à l'unité de la personne juridique. Ce caractère est essentiel et son affirmation fut d'ailleurs un puissant argument au soutien de la construction de la personnalité morale (a). Il connaît plusieurs manifestations, lesquelles sont autant d'empêchements à la reconnaissance d'une capacité conventionnelle au profit d'un organe (b).

a) L'affirmation de l'unité

342. Affirmée aux premières heures du siècle dernier, l'unité de la personne juridique trouve ses origines dans un débat doctrinal fort riche. Certains de ses éléments peuvent désormais paraître surannés. Comme le remarque M. Auby, « si le dé-

²³⁹ V. part., sur cette question, D. de BÉCHILLON, « L'État est-il une personne publique comme les autres ? », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 127.

²⁴⁰ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 88. V. *contra*, A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1153-1157.

bat classique nous paraît vain, c'est probablement qu'il répond très directement à des soucis qui ne sont plus les nôtres. Plus encore, il semble que ces soucis n'aient pas été univoques, homogènes, ce qui peut contribuer à expliquer l'extrême raffinement théorique des affrontements classiques »²⁴¹. Au-delà de ces subtilités, le caractère unitaire de la personne juridique, et en particulier celui de l'État, est constamment avancé dans les écrits du début du XX^e siècle. De manière invariable, elle constitue à la fois un moyen et une finalité de la personnalité juridique.

343. Héritière des travaux de Léon Michoud, la doctrine a conservé une lecture utilitariste de la notion de personne publique en la limitant à une « technique d'organisation »²⁴². Elle s'est contentée de la présenter comme un procédé garantissant l'indépendance et surtout l'unité de l'État. En ce sens, Léon Michoud écrivait : « nous estimons que l'on ne pourrait faire disparaître l'idée de personnalité sans affaiblir le sentiment nécessaire de l'unité et de la permanence de l'État ainsi que des autres groupes représentant des intérêts collectifs »²⁴³. Dans son ensemble, la doctrine favorable à la personnalité morale²⁴⁴ avait précisément l'intention d'en préserver l'unité. Aussi le recours à cette technique visait-il à consolider juridiquement une collectivité et à en assurer la pérennité²⁴⁵. En ce sens, un auteur rappelle que « le but recherché [était] de permettre la représentation unique d'organismes, dont les éléments de solidarité [apparaissaient] suffisants au regard du droit. Ainsi, l'idée de personnalité juridique est indissociable de l'idée d'unité »²⁴⁶.

344. Jadis, penser la parcellisation de la personne juridique était donc anachronique. C'était courir le risque de prêter à la critique sur l'utilité même de cette théorie. En témoignent les travaux de René Carré de Malberg, dans lesquels il est possible de lire que « l'essence même de la personne juridique [est] l'unité. L'État est bien une

²⁴¹ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 24. V. aussi, A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, spéc. p. 103.

²⁴² F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997, p. 187 et s. ; J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, pp. 41-58.

²⁴³ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. Trotabas, 1924, p. 14.

²⁴⁴ V. *contra*, parce qu'il rejette le concept même de droit subjectif et qu'il n'envisage le sujet de droit que vis-à-vis du droit objectif, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, pp. 450-458 ; L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, E. de Boccard, 1926, réimp., La mémoire du droit, 2000, pp. 95-109.

²⁴⁵ V. not., A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 6^{ème} éd. par J. Barthélémy, 1914, pp. 1-4.

²⁴⁶ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 9.

personne collective, en tant qu'il est la personnification d'une collection d'individus : mais précisément *cette collectivité ne devient une personne que parce qu'elle se trouve ramenée à l'unité* »²⁴⁷. Plus nuancé et inspiré de considérations pragmatiques, Raymond Saleilles soulignait pour sa part que la « notion d'unité reste dominante. Mais c'est une unité formée d'individualités, lesquelles n'ont pas disparu de la scène. Il faudra donc, à certains points de vue spéciaux, tenir compte de la compénétration de ces deux idées, l'idée d'unité de personne, et l'idée d'individualités subsistantes »²⁴⁸. D'un point de vue historique, la construction de la personne juridique exclut ainsi, en toute hypothèse, la passation de conventions internes. Elle interdit, en effet, l'attribution d'une quelconque capacité conventionnelle au profit de ses organes. Vraisemblablement, pour la doctrine dominante, un tel procédé aurait toujours contrevenu au caractère unitaire du sujet. Il aurait favorisé une autonomie des services, néfaste pour la pérennité même de la personne morale. Cet obstacle fondamental se trouve corroboré par les différentes expressions de l'unité.

b) Les manifestations de l'unité

345. Au-delà de son affirmation historique, l'unité s'exprime concrètement dans le fonctionnement de la personne juridique. Plusieurs de ses manifestations intéressent la conclusion des conventions mais ne valent parfois que pour les seuls contrats. L'empêchement est alors plus apparent que réel pour l'attribution d'une capacité conventionnelle. Deux manifestations méritent d'être mentionnées ici. Il s'agit de l'unité des moyens dont dispose le sujet, à laquelle il faut associer l'unité des fins qu'il poursuit.

346. Premièrement, la personne morale est réputée former un tout indissociable au regard de son patrimoine. En ce sens, Léon Michoud relie la reconnaissance de la personnalité morale à la nécessité pratique d'organiser la réception de droits par certaines entités. « Pour la science du droit, écrit-il, la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un *sujet de droit*, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, – rien de plus, rien de moins »²⁴⁹. Les discussions portant sur l'existence d'une personnalité morale trou-

²⁴⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, t. 1, rééd., Dalloz, 2004, p. 47 (nous soulignons).

²⁴⁸ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Arthur Rousseau, 1910, p. 648.

²⁴⁹ L. MICHOD, « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 8.

vaient donc une justification dans la volonté d'expliquer la situation des biens²⁵⁰ et elles ont conduit à unifier le patrimoine ainsi constitué. Manifestation de l'unité de la personne²⁵¹, l'unité patrimoniale a certes essuyé quelques critiques. De celles-ci est née la théorie du patrimoine d'affectation, qui consiste à relier un ensemble de biens à une destination donnée. Mais la doctrine civiliste reconnaît, en règle générale, que le principe de l'unité « se porte encore bien »²⁵². En dépit des finalités particulières poursuivies par les personnes publiques, une telle appréciation semble également valable en droit administratif.

L'unité des moyens s'exprime aussi à l'égard des services et agents qui relèvent de la personne morale. À ce propos, la distinction entre la personne publique et les personnes physiques est, ou du moins a été, une source de difficultés. Léon Michoud estimait ainsi qu'aucune « personne morale ne se conçoit sans les membres physiques qui forment en quelque sorte son corps. On doit donc chercher une théorie qui maintienne l'unité de la personne morale, mais sans perdre de vue que c'est une unité complexe, et que les personnes physiques qui la composent ne sont pas pour elle des tiers »²⁵³. De même, Maurice Hauriou affirmait que « cette personnalité est une, bien que l'exercice des droits soit partagé entre plusieurs ministères ou plusieurs grandes directions de ces ministères, et qu'en fait des masses de biens distinctes soient confiées à la garde des grands services publics ; il y a là une organisation objective qui ne morcelle ni la personnalité juridique de l'État ni son patrimoine »²⁵⁴. Cependant, la théorisation de la personne publique rencontre celle de l'institution dans la doctrine de Maurice Hauriou. La fonction qu'il attribue à chacune peut ainsi paraître confuse. Quoi qu'il en soit, cette préoccupation pour l'unité de la personne juridique justifie encore l'impossibilité de parcelliser la capacité conventionnelle. Elle est renforcée par la finalité qui anime l'action du sujet. En droit public, cet aspect occupe d'ailleurs un rôle prépondérant.

347. Secondement, l'unité de la personne juridique se manifeste au travers des fins qu'elle poursuit. Il en résulte que l'ensemble de ses organes est censé concourir à

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 23.

²⁵¹ V. par ex., J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, t. 3, PUF, coll. « Thémis », 17^{ème} éd., 1997, p. 19 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, pp. 10-13.

²⁵² F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2006, p. 25. V. aussi, G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 13^{ème} éd., 2007, pp. 10-11 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 11.

²⁵³ *Ibid.*, p. 22.

²⁵⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 148.

la réalisation d'un but commun. Ce dernier unit précisément les différentes composantes du sujet autour d'une somme d'intérêts. S'inspirant des développements de Marcel Waline, M. Moreau écrit ainsi que « le sujet de droit est un « centre d'intérêts juridiquement protégés ». [...] la personnalité juridique est accordée à certains groupements pour préserver de tels intérêts, en leur donnant *unité et permanence* »²⁵⁵. Voilà pourquoi il peut paraître surprenant de reconnaître aux services la possibilité de conclure des conventions entre eux. Car cela suggère, en principe, des intérêts différents²⁵⁶. Comme l'exprime un auteur à propos de l'État, « un contrat n'est [...] pas possible à l'intérieur d'une même personne publique. Si en effet, ces services se trouvent dans une certaine mesure dotés d'une autonomie et d'une volonté propre, cette volonté demeure subordonnée à l'impératif de cohésion de l'État et cet intérêt propre s'efface devant l'intérêt de l'État pris dans sa globalité »²⁵⁷. Ainsi la signature d'un contrat entre services méconnaîtrait-elle cette exigence tenant aux finalités qui animent l'action d'une personne juridique.

Au-delà des divergences d'intérêts, l'acte conventionnel peut néanmoins participer à la réalisation d'une œuvre commune²⁵⁸. À titre d'illustration, dans le cadre d'une convention d'objectifs et de moyens, l'une des parties vise à améliorer les performances des services, tandis que l'autre escompte recevoir plus de moyens. Chaque sujet défend ainsi, au moins en apparence, un intérêt spécifique. Mais cela n'empêche pas les parties de concourir, toutes les deux, à la satisfaction de l'intérêt général. Ce but s'exprime dans la recherche d'une meilleure administration qui subsume les différentes prétentions. Du reste, le caractère fuyant de l'intérêt général permet d'envisager cette hypothèse plus largement, en y incluant de nombreuses actions.

348. L'hostilité doctrinale à l'égard des conventions internes puise ainsi ses fondements dans l'unité de la personne juridique. Souvent justifiée, l'attitude des auteurs repose parfois sur des appréciations discutables. Il reste que la plupart des arguments soulevés paraissent, aujourd'hui encore, convaincants. Divers éléments liés à l'unité de la personne juridique expliquent en effet l'impossibilité de conclure un con-

²⁵⁵ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 43 (souligné dans le texte). V. égal. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 2, p. 390.

²⁵⁶ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 84 : « l'existence de ce lien contractuel entre deux services dépourvus de personnalité juridique n'est-il pas la marque que des intérêts distincts appartenant à chacun des organismes se sont confrontés puis accordés ? ».

²⁵⁷ F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997, p. 364.

²⁵⁸ V. *supra*, n° 88 et s.

trat interne. Sans doute des techniques permettant de contourner ces obstacles théoriques sont-elles envisageables. Elles donnent cependant des résultats imparfaits.

§2. Un empêchement imparfaitement contourné

349. L'empêchement constitué par l'unité de la personne juridique invite à envisager des correctifs. Ainsi désignés, ces derniers ont moins vocation à discuter le caractère unitaire qu'à offrir des moyens pour y échapper ponctuellement. Deux techniques répondent à cette ambition. Leurs modalités sont sensiblement distinctes. L'une repose sur la divisibilité du patrimoine ou des services d'une personne juridique (a). L'autre passe par une individualisation, entendue ici comme le dépassement de la structure administrative par la prise en considération de l'individu (b).

a) Le contournement par la divisibilité

350. La divisibilité peut jouer à un double niveau. Le plus souvent, elle vise le patrimoine seul (1°) mais s'étend parfois aux organes de la personne morale (2°).

1° La division patrimoniale

351. Parce qu'il rejetait l'idée même de la personnalité morale, Léon Duguit tenta de contourner les différentes manifestations de l'unité. Pour ce faire, il eut recours à la théorie de l'affectation. L'auteur l'exprime ainsi : « dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé »²⁵⁹. Dans la perspective objective qui est la sienne, cette construction était nécessaire pour expliquer la situation patrimoniale. De la sorte, un ensemble de biens ne se trouve pas attaché à une personne juridique mais destiné à poursuivre un but. Les techniques contemporaines ne se réclament pas directement de cette construction car l'idée de personne morale est admise par tous. Aussi l'intention des auteurs est-elle plus simple. Il s'agit seulement de rendre compte de certaines modalités d'organisation au sein de la personne. Cette littérature juridique concilie, au demeurant, des approches à la fois subjectives et objectives.

352. S'agissant des relations privées, certains auteurs admettent la possibilité que des contrats soient signés malgré la présence d'une seule personne juridique. M. Larroumet écrit ainsi : « la notion de patrimoine d'affectation conduit à admettre

²⁵⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, E. de Boccard, 1930, p. 333.

la possibilité d'établir des rapports entre des masses de biens autonomes qui appartiennent à la même personne. *Dans une telle situation, la rencontre des volontés n'est rien d'autre qu'un compromis entre des intérêts distincts du même sujet de droit qui agit en des qualités différentes*»²⁶⁰. Toutefois, cet auteur reconnaît l'originalité surprenante de ce système²⁶¹. Pour l'heure, cette proposition n'a pas été traduite dans le droit positif, ou seulement par le biais de correctifs²⁶². De sorte que « en tout état de cause est maintenu, même fictivement, le principe selon lequel une personne n'a qu'un patrimoine et que tout patrimoine se rattache à une seule personne »²⁶³. Même favorable à la division du patrimoine par le recours à la théorie de l'affectation, la doctrine en limite donc la portée.

353. S'agissant des relations administratives, un auteur a également voulu montrer que le caractère unitaire du patrimoine était contestable²⁶⁴. Selon ses termes, « le patrimoine de l'État n'est pas géré par un centre unique, il est destiné à la réalisation de buts très divers. Autrement dit, on constate un éclatement du patrimoine de l'État et à de multiples manifestations de celui-ci à travers les services composant l'État. Ceux-ci se voient donc affecter un patrimoine »²⁶⁵. De cette proposition, il en conclut la possibilité de diviser les services relevant d'une même personne juridique. Cela présenterait l'avantage de rendre possible l'attribution d'une capacité conventionnelle, ou même contractuelle, à ces organes. Une telle conclusion ne s'imposait pas. Par exemple, elle ne ressort pas toujours des approches civilistes, lesquelles admettent pourtant qu'un individu soit titulaire de patrimoines séparés²⁶⁶. Cette dissemblance peut s'expliquer par une différence de point de vue. Les problématiques ne sont en

²⁶⁰ Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Économica, 6^{ème} éd., 2007, p. 237 (nous soulignons). V. égal., pour une construction ancienne et atypique, A. VALLIMARESCO, « Des actes juridiques avec soi-même passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumises à un régime distinct », *RTDciv.*, 1926, p. 973 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 354 et s.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 237-238 : C'est une transformation radicale par rapport à la situation normale dans laquelle deux personnes manifestent des volontés distinctes, mais ce n'est pas inconcevable.

²⁶² V. not., par l'institution d'une personne morale, Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, coll. « Manuels », 10^{ème} éd., 2009, pp. 18-19 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2006, pp. 27-29.

²⁶³ P.-L. FRIER, « Patrimoine », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1134.

²⁶⁴ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, pp. 13-80.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 145.

²⁶⁶ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2006, p. 27 : « une personne peut avoir, outre son patrimoine général, des patrimoines affectés à des destinations particulières ».

effet pas identiques selon l'ordre juridique considéré. En droit privé, les préoccupations semblent essentiellement concentrées sur la gestion des biens, sur la prévention de comportements frauduleux. En droit public, elles paraissent plutôt reliées à l'organisation même des sujets. Aussi, il arrive qu'une fragmentation organique soit envisagée sans nécessairement se matérialiser par une division patrimoniale. En ce cas, la division apparaît assez théorique mais peut avoir des conséquences pratiques.

2° La division organique

354. Nombreux sont les processus participant à « l'atomisation organique de l'administration »²⁶⁷. Cette évolution correspond à une tendance des entités composant les personnes publiques à acquérir une personnalité propre. Il est possible d'en trouver des manifestations au sein de la jurisprudence administrative. Ainsi, le Conseil d'État a implicitement admis, à propos d'une situation particulière il est vrai, la divisibilité de l'État dans une jurisprudence *Prévet*²⁶⁸. En l'espèce, un contrat avait été conclu par le ministre de la guerre pour la fourniture de conserves de viande en provenance de Nouvelle-Calédonie. Le ministre des colonies aurait édicté peu après un règlement augmentant le prix de la viande fraîche sur ce territoire. Selon les cocontractants de l'administration, cette mesure emportait des conséquences sur les tarifs prévus par les stipulations du marché de fourniture. Par conséquent, ils ont formé une demande, fondée sur la théorie du fait du prince, afin que soit répercutée la différence tarifaire. La mise en œuvre de cette responsabilité sans faute était conditionnée par la reconnaissance préalable de la personnalité au nom de laquelle ont agi les ministres. La théorie du fait du prince ne joue, en effet, que pour les actions imputables à la personne juridique ayant conclu le contrat²⁶⁹. Dès lors, la demande supposait de s'interroger sur l'indivisibilité de l'État. Il appartenait au juge d'analyser l'action de chaque ministre afin de la relier à une même personne morale, c'est-à-dire l'État, pour éventuellement faire droit aux requérants.

La solution apportée par le Conseil d'État est édifiante. Elle suit le raisonnement emprunté par son commissaire du gouvernement. En premier lieu, ce dernier

²⁶⁷ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 132.

²⁶⁸ CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie c/ min. de la Guerre*, Rec., p. 277.

²⁶⁹ V. not., M. HAURIU, note sous l'arrêt CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie c/ min. de la Guerre*, S., 1902, III, p. 74 ; A. de LAUBADÈRE, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, pp. 390-394 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 521-530 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., pp. 296-298.

relève qu'aucun règlement n'a été pris par le ministre des colonies. Il s'agissait, en vérité, d'un contrat conclu pour les besoins de ses services. En second lieu, le commissaire du gouvernement estime que le ministre des colonies « n'a jamais songé à faire « acte de prince », il s'est borné à conclure des marchés auxquels le département de la guerre est resté complètement étranger »²⁷⁰. Par conséquent, le requérant ne pouvait, en tout état de cause, invoquer ce moyen rejeté comme irrecevable.

355. Cette jurisprudence consacrait ainsi la divisibilité des services de l'État, lorsqu'ils agissaient comme des personnes privées, en prenant des actes de gestion. En d'autres termes, elle postulait que l'indivisibilité de l'État s'épuisait dans les actions de puissance publique. Cette séparation ressort particulièrement des conclusions de Saint-Paul. Selon ses termes, « peu importe, en effet, qu'à raison de l'indivisibilité de l'État, puissance publique, les actes contresignés ou pris par un ministre dans l'exercice du pouvoir de commandement, engagent tous les autres représentants de l'État : c'est un principe qui ne saurait être invoqué, lorsqu'on est en présence de simples actes de gestion, d'actes contractuels qui ne sont, incontestablement, opposables qu'au ministre qui les a conclus, pour les services rentrant dans ses attributions »²⁷¹.

356. D'un point de vue théorique, cette jurisprudence suggère que seules les administrations étaient parties aux contrats, et que l'État ne l'était point. C'était donc attribuer une capacité contractuelle propre aux services administratifs. Voilà pourquoi Maurice Hauriou s'est élevé à l'encontre de la décision *Prévet*. Par la suite moins réticent à l'égard de la divisibilité de l'État²⁷², il livra une critique du raisonnement suivi en l'espèce par le juge administratif. Pour lui, une autre analyse était envisageable et aurait permis de préserver l'unité de la personne juridique. Il écrivait ainsi : « de ce que les deux marchés de fournitures successifs ont été passés au nom du même État, il ne s'ensuit pas qu'ils doivent avoir nécessairement de l'influence l'un sur l'autre. [...] en principe, les contrats créent des situations relatives, c'est-à-dire des situations qui restent isolées, sans influence directe sur d'autres situations même analogues »²⁷³. Toutefois, cette opinion n'est pas pleinement convaincante. La règle de l'effet relatif,

²⁷⁰ G. SAINT-PAUL, concl. sur l'arrêt CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie c/ min. de la Guerre*, *Rec.*, p. 279.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 280.

²⁷² V. not., M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10^{ème} éd., 1921, p. 689 : « si on personnifiait les départements ministériels de l'État, cela pourrait présenter des avantages en transformant en des relations juridiques les tractations et les échanges qui, actuellement, se produisent sur parole et en fait entre Ministres ».

²⁷³ M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie c/ min. de la Guerre*, *S.*, 1902, III, p. 74.

à laquelle semble se référer Maurice Hauriou, ne permet pas de franchir l'obstacle puisqu'elle repose elle-même sur la notion de personnalité juridique. Dès lors, si le juge administratif adoptait cette proposition, il en reviendrait au même point.

357. Du fait de l'abandon de la théorie de la double personnalité, cette jurisprudence a perdu son intérêt pratique. En revanche, elle conserve une certaine valeur théorique. Elle pourrait inspirer des applications s'agissant des conventions internes en permettant l'attribution d'une capacité conventionnelle à chaque service. Toutefois, les difficultés soulevées par les pratiques contemporaines sont différentes car celles-ci établissent des relations entre les services administratifs, et non entre un service administratif et une partie extérieure.

Au demeurant, ce correctif à l'unité de la personne juridique n'est pas toujours satisfaisant. En témoigne la conclusion à laquelle parvient M. Delcros. « Dans sa structure interne, écrit-il, l'État est composé d'organismes non expressément personnalisés, mais différenciés les uns par rapport aux autres du fait de leurs fonctions nombreuses et variées, lesquelles impliquent, pour chacun d'entre eux, selon leurs caractéristiques propres, la soumission, sinon l'accommodement, à un contrôle hiérarchique et financier. *Ces organismes accèdent ainsi à un degré plus ou moins poussé d'autonomie, de personnalisation : l'État n'est donc pas une personne morale parfaitement uniforme* »²⁷⁴. Les propos de cet auteur sont ambivalents. Ils marquent, à la fois, la présence d'un processus d'autonomisation des organes et la pérennité de la personne juridique. De sorte que l'empêchement constitué par l'unité perdure. Il n'est que partiellement atténué par ces différents correctifs. Un autre mode de contournement, inspiré des procédés de droit international, pourrait s'avérer plus efficace mais sa valeur juridique demeure très incertaine.

b) Le contournement par l'individualisation

358. À la différence de la division organique, l'individualisation est une technique qui semble prometteuse pour concevoir les conventions internes. Elle repose sur l'idée d'un dépassement de la structure administrative par la prise en compte des individus qui la composent. De la sorte, l'unité de la personne morale peut être contournée. Cette approche autorise la conclusion d'accords semblables à ceux désignés par l'expression de *gentlemen's agreement* en droit international public. Toutefois, cette

²⁷⁴ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 279 (nous soulignons).

terminologie recouvre de nombreuses acceptions qui tendent à évincer une signification plus étroite, précisément focalisée sur l'individu.

359. Selon une acception stricte, « le gentlemen's agreement est un accord entre dirigeants politiques, qui ne lie pas les États qu'ils représentent sur le plan du droit »²⁷⁵. Ainsi, cette expression « vise un accord de type particulier dans le cadre de relations strictement interpersonnelles. Dans une société où l'honneur tient une place prééminente, le respect de la parole donnée est considéré comme un devoir et une qualité essentielle du *gentleman* »²⁷⁶. Mais il arrive régulièrement que cette pratique soit appliquée aux rapports entre personnes morales. Cette signification paraît même l'emporter désormais. En ce sens, une partie de la doctrine contemporaine voit dans les *gentlemen's agreements* des « instruments issus d'une négociation entre personnes habilitées à engager l'État ou l'organisation internationale »²⁷⁷. Une attitude prudente incite alors à intégrer ces procédés parmi des « instruments concertés non conventionnels »²⁷⁸. Cette expression ne désigne pas elle-même une catégorie homogène mais suggère bien un élargissement du procédé aux sujets du droit international public²⁷⁹. Il ne s'agit plus de considérer les individus en tant que parties. Ce sont ici les personnes morales qui sont prises en compte. Pour autant, plusieurs auteurs opèrent un rapprochement entre les conventions internes et les actes du droit international. À juste titre, M. Seiller discerne par exemple dans les conventions non normatives conclues par les administrations des ressemblances avec les *gentlemen's agreements*²⁸⁰. Ce se-

²⁷⁵ M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *Ann. IDI*, 1983, p. 208. V. égal., Union académique internationale (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 301 ; et se référant à cette acception, Ph. MANIN, « L'incertitude de la règle internationale », in *Service public et libertés. Mélanges R.-É. Charlier*, Émile-Paul, 1981, pp. 232-234 ; E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977, p. 47.

²⁷⁶ P.-M. EISEMANN, « Le gentlemen's agreement comme source du droit international », *JDI*, 1979, p. 327. Il faut noter que l'auteur propose une gradation parmi ces actes. Comprenant une acception politique et une autre interprétative, elle s'achève par une définition exigeante et normative, valable pour certains gentlemen's agreements. Il peut s'agir selon lui d'un « accord international conclu par deux ou plusieurs États créant des droits et obligations réciproques insusceptibles de fonder immédiatement la responsabilité internationale » (p. 347). V. aussi, E. LAUTERPACHT, « Gentleman's agreements », in *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Mélanges F.A. Mann*, Beck, 1977, p. 381 et spéc. pp. 394-398.

²⁷⁷ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 424. V. égal., D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, coll. « études internationales », 9^{ème} éd., 2007, pp. 196-198. V. pour une application en droit privé, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, p. 223.

²⁷⁸ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^{ème} éd., 2008, pp. 86-92.

²⁷⁹ V. en ce sens, J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, pp. 588-589.

²⁸⁰ B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 271. V. égal., J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, 1997, p. 114 ; G. MELLERAY,

rait, en quelque sorte, une nouvelle manifestation de l'influence des procédés internationaux sur le droit de l'administration²⁸¹. Il reste à évaluer l'utilité que recouvrirait une transposition de ce concept en droit interne.

360. Techniquement réalisable, la transposition de cette théorie aux pratiques administratives internes présenterait néanmoins plusieurs inconvénients, en particulier si elle est entendue dans son acception stricte. D'une part, cela placerait les agents en dehors des institutions administratives. Il ne faudrait plus en conséquence tenir compte des services de l'administration mais des individus qui les composent. Dans cette mesure, l'étude des instruments conclus pourrait échapper à la doctrine publiciste et intéresser plutôt les relations privées. Même en admettant que les individus poursuivent une activité d'intérêt général, la solution ne paraît guère évidente. D'autre part, les effets de ces accords seraient très faibles. Ils seraient surtout exclus des rapports véritablement juridiques²⁸². Au travers des stipulations, les parties ne prévoiraient que des engagements d'honneur, revêtus d'une valeur morale. Tel n'est pas exactement le sentiment laissé par certaines conventions interne de l'État. Certes, elles ne sauraient être l'objet d'une sanction juridictionnelle. Mais ce seul constat ne suffit pas à écarter la possibilité que l'une des parties s'abstienne légalement d'exécuter une stipulation conventionnelle, dans l'hypothèse où l'autre partie n'aurait pas suivi ses propres directives. Un pareil comportement suggère plus qu'une simple désapprobation morale. En outre, ces conventions internes reposent souvent sur une habilitation juridique. Tirant une validité de ces énoncés, ces actes ont, de ce point de vue, une existence dans le domaine du droit. Ce constat peut éloigner un peu plus les conventions d'administration internes des *gentlemen's agreements*, et ce en dépit de leurs caractères communs.

Pour ces raisons, l'individualisation n'est pas une solution souhaitable. Elle permettrait de transposer le procédé des *gentlemen's agreements*, strictement entendu, mais ce dernier ne coïncide pas exactement avec les pratiques administratives. Au surplus, cette fragmentation ne paraît pas indispensable puisque la doctrine ad-

La tutelle de l'État sur les communes, th., Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1981, pp. 385-388 ; Ch. A. MORAND, « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, pp. 189-191 ; M. VOISSET, « Concertation et contractualisation dans la fonction publique », *AJDA*, 1970, pp. 394-396.

²⁸¹ J.-B. AUBY, « L'internationalisation du droit des contrats publics », *DA*, 2003, chron., n° 14.

²⁸² V. en ce sens, J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 125 note 36 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., pp. 13-14.

met déjà la conclusion de semblables accords en dehors des relations individuelles. L'individualisation pourrait, en outre, conduire à exclure du droit administratif les relations conventionnelles entre les membres d'une personne publique. Même si cette déduction est discutable, elle demeure parfaitement envisageable.

361. L'unité de la personne juridique constitue un obstacle théorique bien difficile à contourner. Celui-ci perdure malgré les diverses tentatives doctrinales. Indispensable à la cohésion de la personne publique et à la cohérence de son action, son abandon n'est pas concevable. Seuls des aménagements peuvent être prévus. Cette remarque vaut particulièrement pour les conventions internes. Il est possible de mieux concilier deux exigences contradictoires – le maintien de l'unité de la personne et le besoin de convenir entre ses organes – par l'attribution d'une capacité conventionnelle spécifique. Elle peut être envisagée au travers de divers procédés qui paraissent favorables à la conclusion de conventions internes.

Sous-section 2 : Une attribution envisagée

362. L'attribution de la capacité conventionnelle à certains services administratifs est souhaitable. Malgré l'empêchement que représente le caractère unitaire de la personne juridique, une telle habilitation présenterait plusieurs avantages. Cependant, il convient de choisir le mode d'attribution le moins dommageable possible. À cet égard, rares sont les techniques susceptibles de rendre compte de la conclusion de conventions au sein d'une même personne juridique. D'une efficacité inégale, elles sont principalement au nombre de deux. Il est possible de penser l'attribution conventionnelle en recourant à la technique du contrat avec soi-même (§1) mais cette dernière se révèle inadéquate. On doit ainsi lui préférer une application de la théorie de la personnalité partielle. Les conventions d'administration internes sont l'occasion d'en éprouver les potentialités (§2).

§1. L'inadéquation du contrat avec soi-même

363. De prime abord, la théorie du contrat avec soi-même semble pouvoir être avancée pour comprendre la conclusion des conventions d'administration internes²⁸³.

²⁸³ V. not., B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 85 : « il est possible d'envisager un contrat dans lequel serait présente une seule personne. Un exemple peut être fourni par le contrat avec soi-même, analysé plus spécialement par la théorie civiliste. Dans ce cas, un contrat pourra mettre en relation non pas deux personnes juridiques, mais deux patrimoines distincts [...]. Non seulement possible, cette idée que des contrats puissent être passés entre organismes de l'État, est encore souhaitable » ; L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 34.

Puisqu'une seule personne juridique est impliquée dans la procédure conventionnelle, il paraît légitime de chercher à l'appliquer aux relations entre des organes relevant d'un même sujet de droit²⁸⁴. Toutefois, cette théorie s'avère rapidement inadéquate, et ce à deux égards. D'une part, elle fait l'objet de diverses discussions au sein même de la doctrine de droit privé (a). Le débat qu'elle suscite peut certainement dissuader d'employer cette notion en droit administratif. D'autre part, elle semble inadaptée aux pratiques rencontrées au sein des administrations (b). Par conséquent, et bien qu'intuitivement rangé parmi les théories favorables aux conventions internes, le contrat avec soi-même doit être écarté comme superfétatoire.

a) Une théorie discutée par la doctrine privatiste

364. Très tôt la doctrine de droit privé s'est attachée à définir les contours de la notion de contrat avec soi-même. Confrontés à son équivocité, les auteurs sont parvenus à s'entendre sur une signification qui demeure malgré tout trompeuse (1°). Par ailleurs, tandis que le débat relatif à la notion de contrat avec soi-même semble apaisé, des discussions sur son utilité perdurent. Elles incitent à renoncer à une possible transposition de cette construction théorique à propos des conventions internes (2°).

1° Une notion trompeuse

365. Malgré quelques désaccords sur sa signification et des applications sporadiques, la théorie du contrat conclu avec soi-même a prospéré dans la doctrine privatiste²⁸⁵. Désormais, la plupart des auteurs s'entendent sur l'acception conférée à cette expression. Cette « formule répond à une réalité, celle de l'individu qui, agissant en des qualités différentes, incarne simultanément en sa personne celle de deux contractants »²⁸⁶. Comme l'expliquent Gabriel Marty et Pierre Raynaud, « il n'y a pas de difficulté insurmontable dans les hypothèses de contrat avec soi-même résultant de la représentation. L'expression même de contrat avec soi-même apparaît plus pittoresque

²⁸⁴ En tout cas, si l'on s'en tient à la formulation empruntée, cette piste semble envisagée par le Conseil d'État : « le Conseil d'État estime possible et souhaitable de reconnaître à une personne publique la faculté de conclure avec elle-même des conventions et non pas des contrats » (CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 252).

²⁸⁵ V. une première étude significative, L. GOUGET, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, th., Charles Valin, 1903.

²⁸⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 183. Pour une formulation similaire : J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 240 : « Le contrat avec soi-même est la situation qui se produit quand un représentant agit avec deux qualités différentes comme représentant d'autrui et en son nom personnel, ou bien comme le représentant double de deux représentés ayant des intérêts contradictoires » (souligné dans le texte).

qu'exacte et, en réalité, *il y a bien deux parties au contrat, dont l'une ou les deux sont représentées*»²⁸⁷. En guise d'illustration, ils ajoutent : « quand l'administrateur d'une société traite personnellement avec cette société, le contrat est conclu entre lui et la société personne morale ; quand l'administrateur de deux personnes morales achète pour l'une et vend pour l'autre, le contrat est conclu entre les deux sociétés. Dans les deux cas, il y a bien deux parties »²⁸⁸. La terminologie consacrée est donc trompeuse. Si une même personne physique signe l'acte, elle agit pour deux personnes juridiquement distinctes. Dès lors, pour M. Larroumet, « le terme de contrat avec soi-même correspond, en réalité, à un abus de langage. En effet, il est inconcevable qu'une personne puisse conclure un contrat avec elle-même dès lors qu'elle agit en une seule qualité »²⁸⁹. Par conséquent, « il n'y a donc pas vraiment contrat avec soi-même au sens où il faut bien toujours que deux personnes juridiquement différentes soient présentes ou représentées »²⁹⁰.

366. Cette présentation et ses ambiguïtés trouvent leur ancrage dans les travaux fondateurs du début du XX^e siècle. S'il ne vise pas précisément la technique du contrat avec soi-même, Léon Michoud déduisait en effet de la consécration de la personne juridique une conséquence logique. Il s'agit de la possibilité pour une même personne physique de conclure une convention en représentant deux personnes différentes : « c'est toujours une personne physique, sans doute, qui passe le contrat ; mais une seule et même personne physique peut en passer dans mille conditions diverses : pour elle-même, pour l'État dont elle est un agent, pour la commune ou le département qu'elle administre, pour la société commerciale qu'elle dirige, pour le cercle ou l'association qu'elle préside, pour le mineur dont elle administre les biens, pour le tiers qui lui a donné un mandat, etc... ; et toutes les fois qu'elle ne passe pas le contrat pour elle-même, ce n'est pas elle qui est obligée, mais une série d'autres personnes physiques. Comment déterminera-t-on ces personnes sans recourir à l'idée de personnalité et sans déterminer quel est le *sujet de droit* auquel est imputable le contrat ? »²⁹¹. En d'autres termes, un même sujet pouvant agir à divers titres, il est pos-

²⁸⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 90 (nous soulignons).

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 90.

²⁸⁹ Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, p. 235.

²⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, p. 179.

²⁹¹ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. Trotabas, 1924, p. 48.

sible qu'il représente plusieurs personnes durant la signature d'une même convention. Toute la difficulté réside alors dans la détermination des différentes parties.

D'un point de vue matériel, la situation créée par le contrat avec soi-même apparaît donc d'une « extrême singularité »²⁹². Néanmoins, cette théorie est fondamentalement un corollaire de la construction de la personnalité juridique et de la personnalité morale pour le droit public. Parfois mal assumée par la doctrine, il convient de l'envisager comme une conséquence logique, dont on ne pourrait pas vraiment faire l'économie. Cela n'empêche pas d'émettre des critiques à l'encontre de cette pratique. Parce qu'elle implique une forme de schizophrénie juridique de la part de l'individu, elle peut ainsi être perçue comme « extrêmement dangereuse »²⁹³ ou présentant un « risque »²⁹⁴. C'est pourquoi l'autorisation de ce mécanisme conventionnel requiert une vigilance particulière. Cela explique l'existence de règles spécifiques à la conclusion d'un contrat avec soi-même. Visant à parfaire les techniques conventionnelles, cette théorie est d'autant mieux admise qu'elle sert peu.

2° Une faible utilité

367. « Techniquement possible »²⁹⁵, le contrat avec soi-même connaît cependant des applications rares. C'est pourquoi la doctrine ne lui réserve souvent que de brèves lignes, l'analysant comme une situation exceptionnelle et curieuse²⁹⁶. Cette rareté est justifiée à deux égards au moins.

D'une part, elle résulte directement de l'existence d'un encadrement législatif assez strict. En effet, comme le souligne M. Hauser, « le procédé est souvent interdit ou limité par la loi »²⁹⁷. Ainsi, l'article 1596 du Code civil en proscribit notamment l'utilisation aux administrateurs des biens d'une commune ou d'un établissement pu-

²⁹² J. MESTRE, « chron. de jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux », *RTDcin.*, 1990, p. 265.

²⁹³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 145. De même, Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Économica, 6^{ème} éd., 2007, p. 238 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 91 ; J. MESTRE, chron. de jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux, *RTDcin.*, 1990, pp. 265-266.

²⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, p. 179.

²⁹⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009, p. 188.

²⁹⁶ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^{ème} éd., 2007, p. 423.

²⁹⁷ J. HAUSER, *Les contrats*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^{ème} éd., 2002, p. 18.

blic dans le cadre de leur adjudication²⁹⁸. De même, en son article 509-4^o, il prévoit que « le tuteur ne peut, même avec une autorisation, acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme »²⁹⁹. Lorsqu'un risque d'utilisation frauduleuse de cet instrument existe, les textes en interdisent donc l'usage.

D'autre part, la faible utilité du contrat avec soi-même trouve une explication simple dans la rareté des situations pouvant donner lieu à la conclusion d'un tel acte. Ce second argument est d'ailleurs lié au premier. En droit public, les occasions sont peu nombreuses pour un même sujet de signer une convention comme le représentant de plusieurs personnes juridiques. Cela serait théoriquement possible pour le maire, en raison de la double nature de ses fonctions. Mais les attributions qu'il exerce au nom de l'État³⁰⁰ ne semblent pas susceptibles d'engendrer la conclusion d'une convention avec la commune. Et si M. Delcros juge que « les exemples de contrat avec soi-même sont nombreux »³⁰¹, cette affirmation n'est pas illustrée de manière convaincante. Cet auteur se contente de relever : « une même personne qui réunit les deux qualités de conseiller municipal et de conseiller général peut intervenir dans un contrat entre la commune et le département »³⁰². En vérité, cette hypothèse ne correspond pas à un contrat avec soi-même. Car un conseiller ne représente pas seul la collectivité publique. Il participe uniquement à la représentation de cette dernière. On dénombre bien ici deux organes, représentant deux personnes publiques distinctes. Du reste, la signature d'un éventuel contrat incomberait, en principe, au maire et au président du Conseil général, et non à l'assemblée territoriale.

368. Le contrat avec soi-même inspire donc un sentiment mitigé. Il est plus une conséquence nécessaire de la construction de la personnalité morale qu'un instrument vraiment utile. Par ailleurs, la méfiance du législateur à l'égard de cette implication l'a incité à en réduire drastiquement l'usage. Une telle appréciation conduit, dès lors, à

²⁹⁸ Art. 1596 du Code civil : « ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ». Cet article fait du reste l'objet d'une application extensive de la part du juge judiciaire (J. MESTRE, *chron. de jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux*, *RTDcin.*, 1990, pp. 265-266).

²⁹⁹ Art. 509-4^o du Code civil.

³⁰⁰ Art. L. 2122-27 du Code général des collectivités territoriales.

³⁰¹ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 111.

³⁰² *Ibid.*, p. 111.

douter de l'intérêt que pourrait revêtir l'utilisation de la technique du contrat avec soi-même pour concevoir les pratiques publiques. Au demeurant, la théorie du contrat avec soi-même ne serait visiblement pas adaptée aux conventions internes.

b) Une théorie inadaptée aux procédés publics

369. S'agissant des contrats avec soi-même, la doctrine administrative demeure souvent dubitative³⁰³. Elle fait preuve d'une grande prudence à leur égard et se contente d'attester son existence. Pour les conventions d'administration internes, l'appréciation doit être plus radicale encore. Car cette théorie s'avère inadaptée pour expliquer ce phénomène entre les services administratifs. Celui-ci constitue un procédé infra-contractuel (1°) et surtout intra-institutionnel (2°). Par ces deux aspects, il s'oppose radicalement au contrat avec soi-même.

1° Un procédé infra-contractuel

370. Une première inadaptation tient à la nature des actes. D'un côté, les diverses conventions étudiées sont exclues de la catégorie des contrats, puisque leurs stipulations ne sont pas impératives. De l'autre, les actes visés par la théorie des contrats avec soi-même sont générateurs de droits et obligations. Ils ne se distinguent des contrats habituels que par leurs modalités de passation. En fait, ils modifient « très sensiblement la rencontre des volontés par rapport à ce qu'elle est dans la situation normale dans laquelle les deux volontés ne sont pas émises par la même personne »³⁰⁴. Il n'empêche que ces actes apparaissent comme des contrats à part entière.

371. *A contrario*, M. Delvolvé estime que « le contrat-maison s'apparente à un contrat avec soi-même, c'est-à-dire que ce n'est pas vraiment un contrat »³⁰⁵. Cette proposition suggère la nature non-contractuelle des contrats avec soi-même. Mais cet auteur établit simplement une comparaison organique. Il ne nie pas pour autant l'impérativité qui caractérise les stipulations de ces actes. En définitive, la dépendance du prestataire vis-à-vis de la collectivité fait logiquement douter de sa liberté contractuelle. Dans une approche libérale, ce rapport est susceptible de compromettre l'établissement d'une relation contractuelle. Malgré tout, il serait faux d'en déduire

³⁰³ V. not., Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2008, 2^{ème} éd., p. 57 ; et plus anc., M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Collection de l'institut français d'Athènes, 1954, p. 100.

³⁰⁴ Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, t. 3, Économica, 6^{ème} éd., 2007, p. 236.

³⁰⁵ P. DELVOLVÉ, « Marchés publics : des contrats-maison », *RDUE*, 2002, p. 55.

l'inexistence d'une capacité de contracter, comme il serait inexact de récuser la nature contractuelle des contrats avec soi-même, ainsi que la doctrine privatiste les entend.

Importante, cette différence justifie les garanties législatives qui entourent les contrats avec soi-même et le désintéret du législateur pour les conventions d'administration internes. Les conséquences produites par les premiers ne sont guère assimilables à celles des seconds. C'est pourquoi il n'est pas souhaitable de transposer le système appliqué en droit privé. Ce motif, relatif aux effets des actes, suggère ainsi une inadéquation d'ordre théorique, laquelle est corroborée par un autre motif, pratique celui-là.

2° Un procédé intra-institutionnel

372. Une seconde inadaptation transparait des modalités spécifiques à ces actes. Tandis que le contrat avec soi-même requiert un seul signataire, mais deux personnes juridiques ; la convention interne suppose deux signataires, mais une seule personne juridique. En cela, les conventions signées entre les services d'une même personne morale se différencient des hypothèses rencontrées en droit privé. Elles désignent un phénomène diamétralement opposé à celui qualifié de contrat avec soi-même³⁰⁶. De la sorte, ces pratiques administratives ne correspondent pas à la définition civiliste.

Paradoxalement, leurs caractéristiques sont pourtant très proches de l'impression laissée par l'expression de contrat avec soi-même. En ce sens, M^{me} Fabre-Magnan relève que « des contrats sont ainsi parfois passés dans une même administration entre deux services dénués de personnalité juridique autonome : il semble y avoir là véritablement contrat conclu avec soi-même dans la mesure où, cette fois-ci, une seule personne juridique est concernée par les deux « côtés » du contrat, non seulement au moment de sa conclusion, mais encore au moment de son exécution »³⁰⁷. De manière étonnante, les procédés administratifs correspondraient donc mieux à la terminologie de contrat avec soi-même que les hypothèses consacrées dans les relations privées.

373. Ce décalage peut trouver une explication d'ordre contextuel. Comme l'explique un auteur, inspirée de la doctrine allemande de la *Selbsteintritt*, la théorie du contrat avec soi-même consiste surtout en un « perfectionnement de la théorie géné-

³⁰⁶ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976, p. 111.

³⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., t. 1, 2010, p. 183.

rale de la représentation »³⁰⁸. Il précise que « la première condition qu'exige le contrat avec soi-même [...] c'est l'existence de la représentation : en dehors du champ de la représentation, l'on ne peut concevoir le contrat avec soi-même »³⁰⁹. Certes, l'utilisation de ce procédé dans le domaine des successions altère cet exposé car elle ne suppose aucune représentation³¹⁰. Néanmoins, le contrat avec soi-même s'analyse bien comme un acte bilatéral dont la conclusion résulte d'une seule volonté. Et cette schizophrénie du sujet provient fondamentalement des mécanismes rendus possibles par la représentation juridique.

Des procédés similaires de représentation existent en droit administratif. De toute évidence, puisqu'une « personne morale [...] ne peut matériellement signer un contrat »³¹¹, seul son représentant peut le faire. En dehors de cette représentation institutionnelle³¹², les conventions publiques connaissent depuis fort longtemps des applications de la théorie du mandat³¹³. Or cette technique suppose le recours à la représentation. Comme l'exprime M^{me} Canedo, « l'effet de représentation est de l'essence même du mandat. C'est lui qui est à la base du « *don d'ubiquité* » que le mandat est en mesure de conférer à son bénéficiaire et qui constitue la caractéristique et l'intérêt même de l'institution »³¹⁴. Nombreux sont ainsi les arrêts consacrant la possibilité pour une entité d'agir « au nom et pour le compte » d'une personne publique³¹⁵. Mais le Conseil d'État semble de plus en plus enclin à encadrer le recours au mandat. Aussi estime-t-il que toutes ces pratiques ne sont pas automatiquement constitutives d'un contrat de mandat³¹⁶. Au surplus, d'autres procédés ne sont pas as-

³⁰⁸ L. GOUGET, *Théorie générale du contrat avec soi-même*, th., Charles Valin, 1903, p. 9.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 74.

³¹⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009, p. 188.

³¹¹ É. MELLA, « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *CMP*, 2007, étude 7, p. 23.

³¹² V. sur cette terminologie, M. CANEDO, *Le mandat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 216, 2001, p. 441. V. égal., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 164.

³¹³ V. not., F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 34-35.

³¹⁴ M. CANEDO, *Le mandat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 216, 2001, p. 42 (souligné dans le texte).

³¹⁵ CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Rec.*, p. 326 ; TC, 7 juill. 1975, *Commune d'Agde*, *Rec.*, tab., p. 798 ; TC, 22 avr. 1985, *Laurent*, *Rec.*, tab., 541.

³¹⁶ CE, 10 févr. 2010, *Commune d'Oz-en-Oisans et autres*, *BJCP*, 2010, p. 184, concl. N. Boulouis.

similables à des mandats. Il en va ainsi d'organismes transparents³¹⁷, tel un service de garde³¹⁸, un centre culturel³¹⁹ ou une association gérant une patinoire³²⁰. Puisqu'ils ne disposent pas véritablement d'une existence propre, ou du moins qu'ils n'agissent pas dans leur propre intérêt, ils ne peuvent représenter une collectivité publique. Dans cette hypothèse, le juge administratif admet ainsi que la personne publique agit elle-même³²¹. Ces pratiques assez courantes sont éloignées des difficultés posées par les conventions internes. Car les procédés intra-administratifs ne confrontent pas deux personnes juridiques, comme cela est impliqué par le mécanisme de représentation qui sous-tend l'idée de contrat avec soi-même.

374. En somme, l'inadaptation de la théorie des contrats avec soi-même en droit public provient essentiellement de différences structurelles par rapport au droit privé. Les auteurs civilistes raisonnent, pour leur part, en prenant pour référence la personne physique. Cela n'est pas surprenant puisque les individus constituent des acteurs principaux des relations privées. Sur ces bases, la doctrine de droit civil est parvenue à envisager le dédoublement du sujet par la représentation. En droit public, la complexité de l'organisation des personnes morales³²² commande une autre solution. Les institutions se heurtent moins, en effet, à une difficulté de représentation que d'administration interne. Les difficultés sont donc d'un autre ordre et la théorie du contrat avec soi-même ne semble pas adaptée. Au contraire, la théorie de la personnalité partielle est, à maints égards, susceptible d'expliquer certaines pratiques, et notamment la conclusion de conventions internes.

§2. Les potentialités de la personnalité partielle

375. Bien qu'utiles, les contournements de l'unité de la personne juridique ne sont pas pleinement satisfaisants. Dès lors, pour rendre compte des conventions internes, la théorie de la personnalité partielle peut être utilisée. Elle constitue la plus convaincante des constructions doctrinales pour concevoir l'attribution d'une capacité conventionnelle à des organes administratifs. Cela s'explique notamment par la

³¹⁷ Ph. TERNEYRE, « Collectivités publiques, associations administratives « transparentes » et droit des contrats publics », *BJCP*, 2010, p. 2.

³¹⁸ CE Sect., 17 avr. 1964, *Commune d'Arcueil*, *Rec.*, p. 230.

³¹⁹ CE, 20 juill. 1990, *Ville de Melun et Association « Melun-Culture-Loisirs » c/ Vivien et autres*, *Rec.*, p. 220.

³²⁰ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *Rec.*, p. 130.

³²¹ V. not., M. CANEDO, *Le mandat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 216, 2001, pp. 240-249.

³²² V. par ex., J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, pp. 41-42.

perspective choisie : il ne s'agit plus de porter la réflexion sur la personne publique mais sur certaines propriétés attachées à la personnalité juridique. Ainsi, comme le souligne M^{me} Rouyère, « il ne saurait être question de personne publique partielle mais seulement de personnalité publique partielle au sens où elle est partiellement dotée »³²³. Suivant la signification que l'on attache à la parcellisation (1^o), de laquelle procède la personnalité partielle, cette théorie peut être opératoire concernant l'attribution de la capacité conventionnelle (2^o).

a) La signification de la parcellisation

376. D'emblée, une confusion plausible doit être dissipée : la personnalité partielle est radicalement distincte de l'ancienne théorie de la double personnalité. Selon cette dernière « il y [aurait] deux personnalités dans l'État, une personnalité de puissance publique et une personnalité patrimoniale ou fisc, la seconde étant créée par un acte de volonté souveraine de la première »³²⁴. Or il ne s'agit, en aucune façon, de mettre en exergue la présence de deux natures juridiques chez un même sujet. En définitive, « les prérogatives de puissance publique ne sont pas *le* paramètre central de variation des attributs de la personnalité ou encore *la* clef du phénomène de parcellisation de la personnalité publique »³²⁵. Autrement dit, cette représentation doctrinale ne se fonde pas sur une distinction entre l'action publique et l'action privée des personnes juridiques. La personnalité partielle n'exhume pas, dans cette mesure, la théorie de la double personnalité.

De plus, cette construction doctrinale se distingue de celles relatives à l'autonomisation des entités juridiques. Maurice Hauriou a jadis su décrire, avec beaucoup de perspicacité, ce phénomène. Présentant les « rouages » de l'administration publique, il en montrait déjà la très grande hétérogénéité et soulignait que « toutes ces institutions ne possèdent pas le même degré de développement juridique et d'autonomie. Il en est, telles que les corps constitués, qui arrivent à peine à l'individualité juridique. Il en est d'autres, au contraire, comme les administrations publiques ou les établissements publics, qui possèdent la personnalité juridique »³²⁶.

³²³ A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 103.

³²⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand colin, 1913, reimpr., La Mémoire du droit, 1999, p. 162.

³²⁵ *Ibid.*, p. 105 (souligné dans le texte).

³²⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 41.

Cette perception semble très actuelle et implique l'établissement d'une gradation entre deux situations extrêmes : l'absence d'individualisation et l'individualisation la plus complète. Malgré sa justesse, l'autonomie n'est pas significative de la personnalité partielle. En effet, celle-ci « ne pèse pas en elle-même sur la présence de tel ou tel élément de la personnalité mais sur les conditions dans lesquelles il en est fait usage »³²⁷.

377. Pour comprendre les caractéristiques de la personnalité partielle, il convient de se reporter aux travaux M^{me} Rouyère. Ils précisent que « la compétence n'est pas un élément parcellisable puisqu'elle n'est pas une parcelle de la personnalité. *Ce sont les éléments de la capacité qui sont les parcelles de la personnalité publique* »³²⁸. Dès lors, l'objet de la parcellisation correspond bien aux préoccupations soulevées par les conventions d'administration car ces dernières requièrent la présence d'une capacité conventionnelle, de même que les contrats nécessitent une capacité contractuelle. À cet égard, l'auteur écrit : « si [le droit de contracter] peut être considéré comme un indicateur de la personnalité, il n'est pas dans les faits toujours conditionné par celle-ci »³²⁹. Une telle observation annonce déjà la possibilité de parcelliser la capacité contractuelle entre des entités dépourvues d'une personnalité juridique propre.

À partir de là, deux manifestations différentes de la personnalité partielle sont étudiées par l'auteur. D'une part, il arrive que des personnes publiques ne disposent pas de toutes les aptitudes habituellement conférées. La capacité juridique est ainsi d'une densité variable. MM. Combacau et Sur relèvent, par exemple, que la capacité conventionnelle se trouve « limitée pour les organisations internationales »³³⁰. D'autre part, des entités non personnalisées peuvent être dotées de certaines capacités mais n'acquièrent pas pour autant une personnalité propre. Contrairement à la première hypothèse, la seconde intéresse les conventions d'administration internes. C'est bien en adoptant une telle approche qu'il est possible rendre compte des procédés conventionnels intra-administratifs. De ce point de vue, l'habilitation d'entités ne disposant pas de la personnalité juridique apparaît désormais comme un « phénomène [...] »

³²⁷ A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 104.

³²⁸ *Ibid.*, p. 109 (nous soulignons).

³²⁹ *Ibid.*, p. 107.

³³⁰ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^{ème} éd., 2008, pp. 83-86.

presque banal »³³¹. Toutefois, l'usage qu'en font les services administratifs d'une même personne peut en compliquer l'attribution.

b) L'application de la parcellisation

378. Parmi les auteurs admettant la conclusion de conventions au sein des administrations, rares sont ceux à avoir tenté d'en justifier le principe. Il est possible de relever la tentative de M. Mescheriakoff. Pour lui, « les conventions, qui peuvent être passées entre ces différents acteurs institutionnels peuvent revêtir la signification juridique de contrats qui, par nature, feront partie de l'ordre juridique intérieur de l'Administration si les conditions d'obligations de cette rencontre de volontés sont remplies du fait du cadre statutaire dans lequel elle a eu lieu »³³². Cette affirmation semble un peu redondante. Mais elle peut servir d'amorce pour expliquer juridiquement la conclusion des conventions d'administration internes en se référant à l'idée de parcellisation.

379. Les services qui concluent les conventions internes sont, en tout état de cause, dépourvus de la personnalité juridique. Aussi M^{me} Rouyère prend-elle soin de souligner que « ce [...] cas de figure ne correspond pas, à vrai dire, à une personnalité publique partielle »³³³. Malgré tout, cet auteur estime que ces phénomènes suggèrent une parcellisation des aptitudes attachées à la personnalité. Il s'agit bien de modalités particulières d'attribution d'une capacité liées, en principe, à la qualité de sujet de droit. L'originalité du procédé conventionnel se trouve juste dans la coexistence de ces attributions et dans leur usage simultané. Il est, en effet, nécessaire que deux entités relevant d'une même personne se voient reconnaître une capacité conventionnelle. En dépit de cette particularité, rien n'empêche de faire jouer ici la théorie de la parcellisation. Sans personnaliser les services, il convient d'admettre qu'ils peuvent conclure des conventions d'administration entre eux. Et donc qu'ils sont susceptibles d'exprimer une volonté indépendante de celle d'un autre organe. Cela leur permettrait de faire valoir des intérêts spécifiques, sans toutefois négliger l'intérêt général qui anime l'action de la personne publique. Ce dernier doit toujours les subsumer.

380. Une semblable application n'est pas inédite. L'absence de personnalité juridique n'empêche pas de disposer d'autres aptitudes, pourtant liées en principe à ce

³³¹ *Ibid.*, p. 112.

³³² A.-S. MESCHERIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1136.

³³³ A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 110.

statut. Le juge administratif a, par exemple, admis la recevabilité d'un recours formé par un ministre à l'encontre d'une décision émanant d'un autre ministère³³⁴. Or la capacité d'ester en justice est une habilitation liée à la personne juridique³³⁵. Un annotateur exprime la contradiction qui résulte de cette situation ainsi : « un ministre n'agit [...] normalement en justice qu'en sa qualité de représentant légal de l'État, personne morale ; on doit donc se demander comment ce ministre est recevable à attaquer au contentieux les actes d'un autre représentant de la même personne morale. [...] C'est, – en apparence du moins, – l'État qui se fait un procès à lui-même »³³⁶.

D'application rarissime, cette faculté est néanmoins significative et explicable. Une telle reconnaissance pourrait sans doute susciter une transposition à propos de la capacité conventionnelle. Cependant, il faut bien reconnaître que les contextes sont très différents. Admettre la capacité d'ester en justice pour une entité non personnalisée, disposant d'un intérêt à agir, dans le cadre d'un recours empreint d'objectivité « ayant pour effet d'assurer [...] le respect de la légalité »³³⁷, est une chose. Admettre la capacité conventionnelle au profit de cette même entité, afin qu'elle établisse des relations subjectives avec une entité relevant de la même personne morale, en est une autre. La seconde hypothèse soulève des difficultés plus redoutables. Tandis que la première peut être réduite à un procès de l'État fait à un acte.

Malgré tout, ces phénomènes rejoignent bien l'idée de parcellisation. D'ailleurs, M. Moreau établit un lien avec les pratiques conventionnelles, lesquelles sont « des illustrations au moins implicites d'une reconnaissance par le droit de démembrements de la notion de personnalité juridique »³³⁸. Il en conclut « qu'il n'est pas inconcevable d'envisager une personnalité juridique « par degrés », par fragments, même si le plus souvent les entités qualifiées de personnes administratives sont dotées de l'ensemble des attributs qui en font des sujets de droit au moins partiellement autonomes »³³⁹.

³³⁴ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 55.

³³⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008, pp. 440-442 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 2008, pp. 171-172.

³³⁶ R. ALIBERT, note sous les arrêts CE, 10 mars 1933, *Ministre des finances* et CE, 2 nov. 1934, *Ministre de l'intérieur*, S., 1935, III, p. 105.

³³⁷ CE Ass., 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec., p. 110.

³³⁸ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 56.

³³⁹ *Ibid.*, p. 57.

381. Appliquer la parcellisation suffit amplement pour rendre compte des activités conventionnelles entre services non personnalisés. Cela permet de prendre en considération la nature des activités de l'administration. Le plus souvent, les actions répondent à une approche pragmatique et il n'est pas toujours utile de reconnaître une personnalité juridique entière aux organes qui les mènent. « Un grand nombre d'organismes, écrit André de Laubadère, assure en effet des tâches qui ne comportent aucun besoin d'un élément patrimonial ou d'une autonomie financière parce qu'ils fonctionnent pour assurer des tâches administratives qui ne requièrent pas précisément de moyens financiers ou patrimoniaux »³⁴⁰.

Aujourd'hui, l'organisation de ces missions s'opère tant au moyen d'actes unilatéraux que de conventions. Dès lors, l'attribution d'une capacité conventionnelle paraît suffisante, dans de nombreuses situations, pour satisfaire les exigences des services. Il n'est pas forcément nécessaire d'attribuer une capacité contractuelle car cela comporterait plus de périls pour l'unité de la personne. Comme le souligne M^{me} Rouyère, « une puissante logique fonctionnelle commande cette entorse au modèle théorique »³⁴¹. Pour ne pas risquer la rupture, la doctrine et le juge doivent préférer les solutions les moins dommageables pour la cohérence de la matière.

382. Conclusion de section. Jadis, l'attribution de la personnalité juridique à certains services publics a nourri de nombreux débats relatifs aux établissements publics. Une semblable question se pose aujourd'hui encore, en des termes similaires, à propos des autorités de régulation. Pour ne pas favoriser le démembrement de l'État, des alternatives sont trouvées. La parcellisation des habilitations liées à la personnalité juridique en fait assurément partie. Et les conventions d'administration internes constituent une manifestation supplémentaire de la pertinence de cette construction doctrinale. En dépit de l'empêchement lié à l'unité de la personne juridique, ces conventions peuvent être conclues entre des services auxquels a été reconnu, explicitement ou non, une capacité conventionnelle. Ainsi, tout en confortant la distinction entre les contrats et les conventions d'administration, on vérifie l'utilité de la parcellisation des éléments de la personnalité.

383. Conclusion de chapitre. Les conventions d'administration accompagnent la métamorphose des institutions publiques, au niveau national comme au ni-

³⁴⁰ A. de LAUBADÈRE, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit public », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 21, 1969, Dalloz, 1974, p. 270.

³⁴¹ A. ROUYÈRE, « La personnalité publique partielle », in *La personnalité publique*, Colloque AFDA, 14 et 15 juin 2007, Litec, coll. « Colloques & débats », 2007, p. 110.

veau local. Elles traduisent la quête d'une plus grande autonomie des services. Ces actes non-normatifs semblent, en effet, adaptés à la nature hybride des rapports établis au sein des personnes publiques. Bien plus, les conventions d'administration contribuent à structurer les institutions puisqu'elles supposent la reconnaissance d'une capacité conventionnelle. Cela témoigne des évolutions tenant à l'attribution des habilitations juridiques et, plus largement, de facultés plus importantes à la disposition des organismes.

384. Déjà entamée, une transformation des sujets et des moyens est nécessaire. Elle peut s'opérer en provoquant de moindres dommages à l'état actuel des institutions. Les propositions énoncées dans ce chapitre vont dans ce sens mais elles sont loin de résoudre toutes les difficultés relatives aux sujets des conventions. D'ailleurs, une telle entreprise ne semble pas envisageable aujourd'hui. Trop prématurée, elle se heurterait à d'importants obstacles théoriques. Avec les conventions d'administration, un équilibre peut être trouvé, un compromis entre les intentions des acteurs administratifs et les exigences touchant aux sujets de droit.

À plusieurs égards, cette solution est préférable à l'abandon de l'interdiction de contracter au sein d'une même personne juridique. Mais il ne s'agit peut-être que d'une étape vers la fin de cette prohibition. Pour l'heure, la technique proposée suffit, le plus souvent, pour combler les besoins de la vie des services non personnalisés. De la sorte, les conventions d'administration assurent bien une fonction substitutive vis-à-vis des contrats. Elles permettent à des entités, qui ne sont pas habilitées à contracter, d'avoir au moins la possibilité de convenir. Les conventions d'administration occupent ainsi le vide laissé par les contrats. Parallèlement, elles permettent que la notion de contrat ne soit pas dévoyée car elles rendent superflues les hypothèses d'abandon de la prohibition contractuelle qui affecte les services. En outre, il est possible d'en tirer la conséquence que, sous un angle mathématique, les sujets capables de conclure une convention d'administration sont plus nombreux que ceux habilités à passer un contrat. De ces déductions ressort donc, avec un peu plus de netteté, l'autonomie de la catégorie des conventions d'administration.

385. Néanmoins, il faut se garder d'exagérer l'importance des conventions internes. Propices aux questionnements juridiques, elles se résument à des procédés originaux et utiles pour la bonne administration intérieure. Elles ne sauraient cependant remettre en cause les principes directeurs régissant la conclusion d'une convention. Parmi lesquels, la présence de plusieurs parties, désignant des personnes juridiques distinctes, conserve toute son importance.

Chapitre 2

L'autonomie au regard des objets des conventions

386. Rares sont les domaines qui échappent désormais à l'action conventionnelle des personnes publiques. Des traditionnels marchés de travaux aux conventions relatives à la police administrative, ce procédé a conquis tous les objets intéressant le droit public. L'urbanisme¹, la fonction publique², la fiscalité, l'économie³, l'emploi⁴, la santé⁵, la recherche⁶ ou encore l'environnement⁷ connaissent tous des expressions plus ou moins perceptibles du phénomène conventionnel. Toutefois, ce premier constat recouvre des réalités très diverses.

¹ F. BARLOY, « Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 47 ; E. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), p. 63 ; P.-L. FRIER, « Contrats et urbanisme réglementaire : les obstacles juridiques », *DA*, 2005, chron. 5 ; G. MARCOU, « La loi sur le Grand Paris : le retour de l'État aménageur ? », *AJDA*, 2010, pp. 1871-1872.

² J.-L. AUTIN, « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 129.

³ V. par ex., J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 133 et s.

⁴ V. par ex., la Loi n° 97-940 du 16 oct. 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, *JORF*, 17 oct. 1997, p. 15076.

⁵ J.-M. de FORGES, « Le volet hospitalier de la réforme de la protection sociale de 1996 », *RDSS*, 1996, spéc., pp. 727-731 ; M. LAROQUE, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976. V. aussi, A. BOUJEKA, « La contractualisation de l'action publique en matière d'insertion professionnelle des personnes handicapées », *RDSS*, 2010, p. 544.

⁶ V. par ex., la loi n° 82-610 du 15 juill. 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF*, 16 juill. 1982, p. 2271

⁷ V. par ex., I. DOUSSAN, « Le contrat, l'agriculture et l'environnement », in *Perspectives du droit public. Mélanges J.-Cl. Hélin*, Litec, 2004, p. 207 ; Y. JÉGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008, n° 127, p. 29.

387. Le contrat est parfois un moyen usuel et historique d'administration. Sa passation soulève alors peu de difficultés dans son principe. Il requiert en revanche une certaine vigilance quant à ses modalités d'exercice. Mais l'acte conventionnel a aussi gagné des matières dans lesquelles sa présence demeurait jusqu'alors inhabituelle. Ce mouvement est enclenché depuis de nombreuses décennies comme le soulignait déjà en son temps Georges Péquignot. Selon ses termes, « le contrat joue dans l'activité administrative un rôle considérable et *l'étendue de son utilisation va croissant avec l'extension du domaine de cette activité* »⁸. Cette analyse mérite toutefois d'être reconsidérée au moyen d'une interrogation simple : l'engouement conventionnel s'analyse-t-il toujours comme un corollaire de la prise en charge par l'administration de nouvelles activités ? Rien n'est moins sûr. Intuitivement, la multiplication des conventions d'administration semble moins correspondre à une extension des domaines d'action qu'à une métamorphose des besoins. Les moyens conventionnels et unilatéraux se côtoient ainsi.

388. Une telle évolution pourrait se heurter aux interdictions de contracter sur certains objets. Les auteurs s'accordent sur l'existence de ces principes, même s'il arrive que des divergences apparaissent sur leur étendue. La plupart du temps, ils sont mentionnés dans des propositions générales suivies de présentations empiriques. En ce sens, André de Laubadère rappelait que « l'administration, il ne faut pas l'oublier, ne peut pas contracter sur n'importe quel objet »⁹. Il en découle que des contrats administratifs peuvent être « illégaux à raison de leur objet »¹⁰. Au vu de sa progression au sein de l'action administrative, la technique conventionnelle pose ainsi, de façon inévitable, la question de sa conformité à ces principes.

389. À cet égard, des précisions doivent être données sur la notion d'objet. En premier lieu, la signification que les auteurs y attachent s'avère très hétérogène. Une confusion résulte d'abord de la proximité entre les concepts d'*objet* et de *matière*. La doctrine a pris l'habitude de se référer à cette dernière en retenant une acception large. Pourtant, comme l'objet d'une œuvre d'art ne se résume pas à savoir si elle est de bronze ou de marbre, celui d'une convention ne peut être réduit à sa matière. C'est

⁸ G. PÉQUIGNOT, « Des contrats de l'administration », in « Des contrats administratifs », *J.-Cl. adm.*, fasc. 505, 1952, p. 2 (nous soulignons).

⁹ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 465. V. égal., H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 49.

¹⁰ J. PETIT, « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 21.

d'ailleurs pourquoi les auteurs du *Traité des contrats administratifs* écrivent, au sujet des interdictions contractuelles : « plutôt que de matières, il vaudrait mieux [...] parler d'objets échappant au contrat »¹¹.

Une autre difficulté provient de la latitude dont bénéficie le juge dans le manie-
ment des concepts. Il arrive qu'il entretienne plusieurs ambiguïtés ainsi que l'illustrent
les suites de la décision *Commune de Montélimar*. Un arrêt rendu par une cour adminis-
trative d'appel retient ainsi l'expression d'« objets essentiels du contrat »¹², laquelle est
employée en fait pour désigner les éléments essentiels du contrat. Ces derniers ren-
voient en particulier au prix¹³ dans le cadre d'un marché public et se distinguent des
prestations en elles-mêmes. Entre les éléments et les objets des conventions, la diffé-
rence reste assez ténue. Elle tient dans l'approche choisie par l'observateur. Tandis
que l'appréciation des éléments consiste en une étude statique de l'acte, celle des ob-
jets permet d'envisager les choses de façon dynamique. Autrement dit, l'une se con-
tente de recenser la présence de telle ou telle condition, l'autre focalise son attention
sur ce que la convention vise à réaliser. Toutes ces ambiguïtés peuvent d'autant plus
surprendre que le juge administratif est rompu à l'analyse de l'objet du contrat, ne se-
rait-ce que pour en déterminer le genre¹⁴.

390. En second lieu, l'ambivalence de la notion d'objet résulte souvent de ce
qu'elle concerne. Il n'est pas toujours évident d'identifier en quelque sorte *l'objet de
l'objet*, c'est-à-dire quelle est sa destination. Aussi convient-il de préciser que la pré-
sente étude porte sur l'objet de l'acte et non sur celui des stipulations. Une telle dis-
tinction peut sembler banale. Elle nourrit pourtant plusieurs confusions. Ainsi, mal-
gré les apparences, l'article 1108 du Code civil ne vise pas l'objet du contrat, mais plu-
tôt celui des obligations¹⁵. Cette notion est d'ailleurs intimement liée à celle de cause
dans la littérature privatiste. Par conséquent, les auteurs admettent volontiers cette
équivoque tout en privilégiant une analyse des obligations¹⁶. Ainsi, Jean Carbonnier y

¹¹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 45 (souligné dans le texte).

¹² CAA Bordeaux, 6 mai 2008, *Commune de Biarritz*, req. n° 05BX00917 ; *JCP A*, 2008, comm. 2176, note F. Linditch.

¹³ V. not., pour un traitement de la question de la détermination du prix, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, pp. 215-218.

¹⁴ V. not., CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167.

¹⁵ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 230.

¹⁶ V. en ce sens, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004, p. 89 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007, pp. 356-357 ; Ph. MALAU-

perçoit « une ellipse, que sa commodité légitime »¹⁷. Mais il arrive à d'autres membres de la doctrine d'envisager de façon successive l'objet de l'obligation, puis celui du contrat. De la sorte, ils abordent le procédé juridique « dans sa globalité »¹⁸. Cela permet d'identifier l'irrégularité d'une opération, en dépit de la licéité de chacune des prestations considérées isolément. Cette ambiguïté a certainement pu affecter la compréhension des contrats administratifs.

391. Une analyse historique tempère néanmoins ces rapprochements tout en mettant en exergue de nouvelles difficultés. Selon la branche considérée, l'appréciation de l'objet n'est pas strictement identique. Par tradition, la doctrine privatiste demeure essentiellement intéressée par les obligations alors que le juge administratif mène souvent une analyse plus globale de l'acte. En d'autres termes, l'une privilégie un examen d'ordre subjectif et l'autre, toujours influencé par la construction du recours pour excès de pouvoir, adopte une conception plus objective. Certes, les évolutions récentes du contentieux administratif contractuel estompent beaucoup cette différence. Il n'empêche qu'elle semble encore valable lorsque sont envisagés les objets dans le cadre conventionnel au regard de la préférence d'une partie de la doctrine civiliste pour l'étude des obligations.

Par ailleurs, il faut rappeler que les impossibilités touchant les contrats administratifs n'ont jamais été consignées dans un texte général. Elles sont l'œuvre de la jurisprudence. Malgré l'entreprise de codification menée en droit public, celle-ci n'a pas abouti à établir une liste d'objets prohibés. Quoique peu critiquable en elle-même, cette absence contribue à séparer la situation des contrats administratifs de celle des contrats privés. Est-ce à dire pour autant que les interdictions inscrites dans le Code civil¹⁹ ne vaudraient pas pour les contrats administratifs ? Tout concourt à penser le contraire s'agissant des objets dits « hors du commerce ». Ces restrictions paraissent applicables aux contrats administratifs²⁰ mais leur portée est limitée par la doctrine²¹.

RIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, pp. 301-306.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, p. 117.

¹⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 326. V. part., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », t. 1, 2008, pp. 350-351 et p. 371. Et sur l'ensemble des discussions, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 441, 2005.

¹⁹ Art. 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

²⁰ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 44-45.

Le juge n'a guère besoin de s'y référer puisqu'il a édifié un ordre public contractuel suffisant pour trancher les litiges qui lui sont soumis²².

Enfin, tandis qu'en plaçant des choses « hors du commerce » le Code civil prive les individus de leur principal moyen d'action, l'exclusion du contrat n'empêche pas, en principe, l'administration d'agir par la voie unilatérale. En d'autres termes, les interdictions de contracter relatives à l'objet visent à proscrire toute transaction dans les relations privées. Leurs conséquences sont bien moins importantes s'agissant des personnes publiques parce qu'elles conservent souvent la possibilité d'édicter un acte unilatéral. Les enjeux sont ainsi très différents. Ce simple constat invite à distinguer l'étude des prohibitions contractuelles en fonction du genre de la convention analysée. Voilà pourquoi les développements se concentreront ici sur la réglementation des objets s'agissant des seules conventions administratives.

392. En théorie, s'il est légalement possible de contracter sur un objet, il est également possible de conclure une convention d'administration. La seule réserve à cette déduction tient dans les prescriptions de l'ordonnement juridique. Celui-ci peut contraindre un sujet à conclure telle sorte de contrat en fonction d'un objet et des éléments qui caractériseront la future relation. Il n'est donc pas possible d'inférer de cela une quelconque autonomie des conventions d'administration. Elles se confondent ici avec les contrats puisqu'elles admettent les mêmes objets.

Afin de mettre en valeur des différences, il convient plutôt de se focaliser sur les objets pour lesquels la conclusion d'un contrat est interdite. Dans ces cas, les conventions d'administration sont-elles aussi frappées des mêmes prohibitions ? En d'autres termes, connaissent-elles des domaines de légalité superposables à ceux des contrats ? En parvenant à montrer que ces empêchements théoriques relatifs à l'objet ne valent pas pour cette dernière catégorie d'actes, on apporterait un argument supplémentaire à l'appui de l'autonomie des conventions d'administration. Le postulat est donc simple : de la même manière qu'il peut servir pour différencier les actes unilatéraux des contrats²³, l'objet d'un acte serait une considération susceptible de fonder une distinction entre les contrats et les conventions d'administration.

²¹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 180.

²² V. not, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, pp. 219-226.

²³ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 76 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 44, note 1.

393. Valider cette hypothèse oblige à rendre compte de l'étendue de la prohibition contractuelle, puis d'en cerner les motifs afin de déterminer si elle concerne les conventions d'administration. En définitive, cela conduit à examiner l'accroissement des objets autorisés aux conventions (Section 1). Au-delà de l'analyse des actes, une approche contentieuse s'avère précieuse pour corroborer l'idée qu'il est parfois possible de conclure une convention d'administration pour pallier une interdiction contractuelle. Cette proposition se retrouve, par ricochet, au stade du traitement des objets irréguliers (Section 2).

Section 1 : L'accroissement des objets autorisés

394. Selon toute vraisemblance, l'accroissement des objets autorisés aux conventions devrait traduire l'affaiblissement des prohibitions contractuelles. Il y a entre les deux phénomènes une relation logique. Pourtant, dans les faits, il n'est pas certain que ce lien s'avère toujours exact. Cette contradiction pourrait provenir du constat que les procédés utilisés ne s'analysent pas systématiquement en de véritables contrats. Dès lors, leur conclusion ne se heurterait à aucune interdiction. Dans cette optique, l'augmentation des objets sur lesquels il est possible de convenir traduirait non pas un affaiblissement des prohibitions mais plutôt leur contournement, en particulier par des conventions d'administration. C'est cette hypothèse qu'il faut vérifier pour appuyer l'idée que les conventions d'administration peuvent être conclues sur des objets distincts de ceux permis aux contrats.

395. Pour y parvenir, deux approches distinctes peuvent être associées. Il s'agit d'abord de répertorier les prohibitions contractuelles pour en comprendre ensuite les motivations. L'une de ces opérations tient dans l'observation de l'état du droit positif et procède à une description d'ordre empirique. L'autre tend à cerner le fondement des interdictions et cherche à proposer une explication d'ordre systémique. Si l'accroissement des objets sur lesquels il est possible de conclure une convention est vérifiable, son importance reste mesurée (Sous-section 1). Il trouve surtout une motivation autant dans l'affaiblissement de certaines prohibitions que dans le recours à des conventions d'administration (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Un accroissement mesuré

396. Mesuré, l'accroissement des objets susceptibles de donner lieu à la conclusion d'un contrat l'est à deux titres au moins. D'une part, il est possible d'évaluer ce phénomène dans une approche quantitative. Cette étape de l'étude s'avère moins évi-

dente qu'il n'y paraît. Parce qu'il n'existe aucun principe d'interdiction générale, l'état du droit oblige à un recensement des différentes hypothèses. Cette exploration permet de rendre compte de la diversité des objets prohibés aux contrats (§1). D'autre part, en dépit de l'impression laissée par la doctrine, l'accroissement des objets autorisés apparaît assez relatif. Cela se vérifie particulièrement pour les contrats et fournit une explication probante pour l'usage des conventions d'administration (§2).

§1. Des prohibitions effectivement diverses

397. Emblématique des interdictions touchant les contrats²⁴, la police administrative n'en constitue pourtant qu'un exemple parmi d'autres. Plusieurs situations peuvent, en effet, recéler une impossibilité de contracter pour l'administration. Prises dans leur ensemble, elles suggèrent une distinction entre les prohibitions liées à la matière (a), celles liées à la mission (b) et celles résultant d'un statut légal et réglementaire (c). À cet égard, il convient de noter l'ambiguïté potentielle de cette présentation car l'ambivalence de certains concepts conduit parfois à les envisager comme des matières ou des missions. Tel est évidemment le cas de la police administrative. Aussi le découpage adopté cherche-t-il surtout à isoler l'organisation des services publics des contextes dans lesquels cette mission est assurée.

a) Les prohibitions suivant la matière

398. De manière intuitive, certaines matières²⁵ paraissent hostiles aux procédés conventionnels. Elles concordent globalement avec les services publics régaliens, sans que cette assimilation ne soit exhaustive puisque l'on pourrait y ranger l'enseignement public²⁶ ou, dans une moindre mesure, la santé²⁷. Dans une approche descriptive²⁸, il est possible de résumer ces matières aux polices administratives (1^o) et à la fiscalité

²⁴ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 47.

²⁵ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 747. V. aussi, D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 1998, p. 13.

²⁶ On ne fera que relever, pour l'instant, l'exclusion du contrat dans le cadre du service public de l'éducation (CE, Avis, Sect. de l'intérieur, 7 oct. 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, *GACE*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1997, p. 245).

²⁷ V. par ex., CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français et autres*, *Rec.*, p. 94.

²⁸ V. en ce sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 45-50 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 56 et s.

(2°), lesquelles présentent un intérêt tout particulier pour établir une comparaison entre les contrats et les conventions d'administration²⁹.

1° *Le contrat en matière de police administrative*

399. Débuter la présentation des diverses prohibitions contractuelles par les polices administratives n'est pas anodin. La jurisprudence administrative réaffirme avec une rigueur variable, mais de façon régulière, l'application de ce principe en cette matière³⁰. Un tel constat n'a rien de surprenant puisque, selon la doctrine classique, « la police administrative a deux moyens à sa disposition, la réglementation et la coercition »³¹. Ajoutons à cela que l'interdiction de contracter joue tant pour la police générale que pour les polices spéciales³². L'importance fondamentale de cette règle ne fait ainsi guère de doute.

400. Malgré la constance du principe, le Conseil d'État s'écarte de la formulation initiale de la prohibition contractuelle, laquelle était dénuée de référence textuelle³³. En effet, l'arrêt *Ville de Castelnaudary* précisait que « le service de la police rurale, *par sa nature*, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration »³⁴. L'intention de la Haute juridiction était visiblement d'établir une

²⁹ Tel est moins le cas en matière de justice, laquelle connaît pourtant des expressions du procédé conventionnel, v. CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 182-185.

³⁰ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 180 et s. ; Ch. MAUGÜÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 37 ; J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 345 et s. ; F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997, p. 369. V. aussi, E. AUBIN, « Les contrats relatifs à la vidéosurveillance », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), pp. 29-30 ; É. FATÔME, « Expropriation et contrat », in *Le bicentenaire de la loi de 1810 sur l'expropriation*, Colloque AFDA, 3 décembre 2010, *JCP A*, 2011, 2076 ; R. SCHWARTZ, concl. sur l'arrêt CE, 27 févr. 2004, *Mme Popin*, *AJDA*, 2004, p. 977.

³¹ M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 550. V. aussi, L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 1951, p. 405. V. sur cette question, É. PICARD, *La notion de police administrative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 146, 1984, t. 1, p. 187 et s.

³² F. BOURRACHOT, concl. sur l'arrêt CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, *BJCL*, 2003, p. 663.

³³ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 476.

³⁴ CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.*, p. 595 (nous soulignons). V. cependant, une formulation similaire, CE, Avis, Sect. de l'intérieur, 7 oct. 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, *GACE*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1997, p. 245 ; CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, *Rec.*, p. 175 : « le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe du maire » ; CE Ass., 9 oct. 1996, *Mme Wajs et Monnier*, *Rec.*, p. 387. De plus, la référence aux matières prohibées « par nature » est visiblement encore usuelle au sein du Conseil d'État, E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2010, p. 508.

règle générale sauvegardant les prérogatives de police³⁵. Cette finalité ressort aussi de la jurisprudence *Consorts Amoudruz*³⁶ mais sous une perspective différente. Il s'agissait d'empêcher une autorité administrative de restreindre la mise en jeu de sa responsabilité du fait de sa carence fautive. Dès lors, ces décisions suggèrent une double ambition jurisprudentielle : préserver les prérogatives de l'administration et protéger les intérêts des administrés. À ce titre au moins, « cette jurisprudence tranchante et antique n'est pas morte »³⁷.

401. Plus épurée, la rédaction des arrêts contemporains conserve néanmoins la teneur du principe. Le juge administratif se contente d'énoncer que « les sociétés de surveillance et de gardiennage [...] ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles [...] relèvent, dans les communes, de la police municipale »³⁸. De même, la Cour administrative d'appel de Marseille a jugé que les stipulations d'un contrat ne sauraient déléguer à une société des « prérogatives de police du stationnement sur la voie publique »³⁹. Le Conseil d'État ne fait plus appel à l'immanence de la matière, laquelle serait « par nature » soustraite au contrat. Cela ne l'empêche pas de se référer objectivement à « la nature d'un service public »⁴⁰, sans se prononcer toutefois sur les origines de cette prohibition.

Une tendance se dessine assez nettement dans certains arrêts. À l'image de la décision *Commune d'Ostricourt*, le juge administratif préfère parfois fonder son raisonnement sur un texte législatif que sur un principe jurisprudentiel⁴¹. Une telle attitude peut légitimement faire naître des doutes quant à la généralité de la prohibition con-

³⁵ P.-L. JOSSE, concl. sur l'arrêt CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, D., 1932, III, p. 29 : « nous pouvons consentir, sous le couvert d'une décision d'espèce, à l'abandon par les municipalités de leurs pouvoirs de police, à leur dessaisissement entre les mains d'organisations privées ». V. part., TA Versailles, 17 janv. 1986, *Commissaire de la République du département de la Seine-et-Marne*, Rec., p. 303.

³⁶ CE Sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec., p. 301.

³⁷ Ch. VIGOUROUX, « La police, la concurrence, l'État », in *Terre du droit. Mélanges Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 188.

³⁸ CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, Rec., tab., p. 706.

³⁹ CAA Marseille, 26 juin 2003, *Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, Rec., tab., p. 863. Plus généralement, les clauses d'un contrat ne peuvent habiliter le cocontractant de l'administration à « assurer le bon ordre » (CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. n° 01LY02009). V. surtout, CE, 19 déc. 2007, *Société Sogepar-CGST*, Rec., tab., p. 944.

⁴⁰ CE Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155.

⁴¹ CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, Rec., tab., p. 706 : la solution prend appui sur les dispositions des articles 1 et 3 de la loi du 12 juillet 1983 ; CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. 01LY02009.

tractuelle⁴². Toutefois, ces craintes peuvent être écartées car il semble que le juge s'efforce, ni plus ni moins, d'asseoir la solution rendue. En effet, pourquoi ne pas se référer à une loi spécifiquement applicable au litige et la préférer à un principe général, quand bien même sa valeur serait constitutionnelle⁴³ ? Cela ne marque pas l'affaiblissement d'un principe mais un choix de motivation juridique. Toujours pragmatique, l'attitude du juge suggère simplement qu'il n'est guère besoin de convoquer le caractère souverain de la mission pour régler le présent litige. Il lui suffit, pour contrôler un acte réglementaire, individuel ou conventionnel de fonder son raisonnement sur une norme jurisprudentielle ou législative. En tout état de cause, le Conseil d'État n'aurait pu procéder au contrôle de la constitutionnalité de la loi. Inférer de cette motivation légale l'affaiblissement de la prohibition contractuelle ne ressort donc pas de l'évidence. À plus forte raison, cette tendance se retrouve pour les polices spéciales car leur institution résulte de textes spécifiques.

402. S'agissant de ces autres polices administratives, les décisions juridictionnelles sont certes moins nombreuses. Elles n'en demeurent pas moins significatives de l'impossibilité de signer des contrats sur cette matière. Le juge administratif a, par exemple, appliqué ce principe aux actes contractuels passés dans le domaine des installations classées⁴⁴. Auparavant, le Conseil d'État avait jugé que la police des chemins ruraux ne pouvait être confiée au service des ponts et chaussées⁴⁵. Cette solution

⁴² X. PRÉTOT, note sous l'arrêt CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, JCP G, 1998, II, 10140 ; L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, pp. 179-181 ; L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 35.

⁴³ CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, 2003-473 DC, *Rec.*, p. 382 ; CC, 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, 2003-484 DC, *Rec.*, p. 438. V. part., P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 476 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 144 ; E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, pp. 770-771 ; J. PETIT, « Contrat et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 22. Cependant, il convient de noter que la valeur de la prohibition contractuelle en matière de police administrative est plus imparfaite qu'il n'y paraît. En effet, s'il s'agit bien d'un principe à valeur constitutionnelle, le Conseil d'État n'aurait pu juger qu'est inopérant le moyen tiré de l'illégalité d'une stipulation contractuelle déléguant des prérogatives de police, dès lors que « lesdites stipulations reproduisent celles qui figurent à l'article 13 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953 relative à la construction et à l'exploitation du tunnel sous le Mont-Blanc, auxquelles le ministre était tenu de se conformer » (CE, 28 avr. 2004, *Association pour le respect du site du Mont-Blanc*, req. n° 236076). Implicitement, cet arrêt signifie bien que l'interdiction contractuelle est infra-constitutionnelle. À l'inverse, le juge aurait dû interpréter la convention internationale en tenant compte du principe constitutionnel. Sauf à considérer que cet arrêt comporte une maladresse, une incertitude semble donc perdurer concernant la valeur de la prohibition contractuelle pour la police administrative. Visiblement, toutes les conséquences de cette valeur constitutionnelle ne sont pas tirées.

⁴⁴ CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, *Rec.*, p. 73.

⁴⁵ CE, 7 nov. 1980, *Commune de Falicon et ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c/ Bana*, *Rec.*, tab., p. 629.

s'appuyait sur l'article 1^{er} d'une ordonnance du 27 décembre 1958, qui avait circonscrit les facultés de délégation à la police de la conservation des voies communales. Enfin, la police économique des prix offre d'autres manifestations de l'interdiction de contracter sur certains objets⁴⁶. Et à cela il faut encore ajouter la police des étrangers⁴⁷, de la pêche⁴⁸, ou du domaine⁴⁹, elles aussi rétives aux velléités contractuelles.

403. Cet inventaire permet de souligner la persistance de la prohibition contractuelle concernant les polices administratives⁵⁰. Son expression vise parfois des dispositions législatives particulières, lesquelles peuvent connaître des modifications. Mais, en l'état du droit positif, cela n'affecte pas profondément le principe initialement dégagé par le Conseil d'État : le juge administratif tient seulement compte de l'intervention du législateur. Entre le principe général et les textes législatifs spéciaux, il semble juste opportun de privilégier les seconds.

2° Le contrat en matière de fiscalité

404. À l'instar de la police administrative, « la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public, elle ne peut donc pas être la matière d'un contrat »⁵¹. Depuis longtemps⁵², cette idée fondamentale est confirmée par la doctrine et par le juge. Comme l'écrit M. Delvolvé, « la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante : sauf exceptions prévues par la loi fiscale, les accords conclus entre un contribuable et le fisc n'ont aucune valeur juridique ; ni les parties ni le juge ne sont tenus par eux »⁵³. Fermement établi, ce principe n'obère pourtant pas la présence de contrats entre l'administration et des contribuables. Il en va ainsi pour la détermination du montant

⁴⁶ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 48-49. V. aussi, F. MODERNE, « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *Dr. soc.*, 1975, spéc. pp. 508-509.

⁴⁷ V. impl., CC, 25 févr. 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, 1992-307 DC, Rec., p. 48.

⁴⁸ CE, 30 sept. 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, Rec., p. 392.

⁴⁹ CE Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie*, Rec., p. 268.

⁵⁰ Cela n'empêche pas une privatisation des missions de police, il s'agit de deux phénomènes distincts. V. sur la première de ces évolutions, F. NICOUD, « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, p. 1247 et s.

⁵¹ J.-J. BIENVENU et Th. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, coll. « Droit fondamental », 4^{ème} éd., 2010, p. 93.

⁵² Cass., Civ., 13 mars 1895, *Dreyfus frères et Cie c/ enregistrement*, S., 1895, I, p. 465.

⁵³ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 88, 1969, p. 115. V. aussi, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 214-215.

des pénalités, lorsqu'un individu ne satisfait pas au paiement de son imposition dans le délai imparti⁵⁴.

Pour autant, la fiscalité apparaît toujours comme une matière réservée à l'action unilatérale⁵⁵. L'impôt corrobore ce caractère au plus haut point puisqu'il est classiquement défini comme un prélèvement pécuniaire opéré par la puissance publique par voie de contrainte⁵⁶. En témoignent aussi des procédés juridiques singuliers comme le rescrit. Malgré le dialogue qu'il introduit entre l'administration et le contribuable, sa nature unilatérale et décisive n'est pas douteuse⁵⁷. À ce titre, le rapport du Conseil d'État précise que « le rescrit n'est pas [...] un accord négocié mais une décision de l'administration prise au regard de la situation de fait explicitée par un contribuable »⁵⁸. Il arrive même que des situations puissent induire en erreur. En dépit de son appellation, le « contrat fiscal » est ainsi couramment analysé comme un acte dont la nature n'est pas contractuelle⁵⁹.

405. Un consensus ressort donc des études doctrinales et des décisions juridictionnelles. Malgré tout, les expressions de l'interdiction contractuelle en matière fiscale sont moins récurrentes et explicites que celles relevées s'agissant de la police administrative. Voilà pourquoi un argument comparatif est souvent utilisé. Une semblable méthode est notamment suggérée par les conclusions d'un rapporteur public⁶⁰. Elle consiste en un rapprochement simple : si l'administration ne peut légalement dé-

⁵⁴ V. not., J.-J. BIENVENU et Th. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, coll. « Droit fondamental », 4^{ème} éd., 2010, pp. 94-95 ; M. COLLET, *Droit fiscal*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 2009, p. 195.

⁵⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 49-50 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 76 ; Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, pp. 617-618 ; R. SAVY, *Droit public économique*, Dalloz, 1972, p. 87.

⁵⁶ V. not., J. LAMARQUE, *Droit fiscal général*, Les cours de droit, 1989-1990, pp. 8-18 ; V. discutant cette perception, J. BUISSON, « Réflexion sur l'impôt et le contrat », in *Perspectives du droit public. Mélanges J.-Cl. Hélin*, Litec, 2004, p. 133 et s.

⁵⁷ B. PLESSIX, « Le rescrit en matière administrative », *RJEP*, 2008, étude 8.

⁵⁸ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 280.

⁵⁹ V. not., G. BRAIBANT, « Réflexions sur les structures juridiques de la planification française », *RDC*, 1966, p. 45 ; J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 137 ; P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, pp. 329-330 ; G. LESCUYER, « Le contrat de programme d'Électricité de France », *CJEG*, 1971, pp. 32-33 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 152 ; L. RICHER, « L'évolution des rapports entre l'administration et les entreprises privées », *RDP*, 1981, pp. 931-932 ; G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *D.*, 1964, chron., p. 115. V. *contra*, F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 372.

⁶⁰ E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2010, p. 508.

roger à la législation fiscale par voie d'instructions⁶¹ ou d'accords⁶², elle ne saurait le faire, *a fortiori*, par la conclusion d'un contrat. Ce mode d'argumentation ne remet pas en cause la stabilité de la prohibition contractuelle dans le domaine fiscal. Bien que sa réaffirmation soit rare en comparaison de la police administrative, ce seul constat ne suffit pas à infirmer la constance, voire la pérennité, de ce principe.

406. Par définition, puisqu'elle porte sur une matière, la prohibition contractuelle devrait valoir pour toutes les activités qui s'y rattachent. Elle revêtirait dès lors une portée générale, en théorie du moins, pour assurer la préservation des domaines régaliens. Mais une telle perception s'avère souvent trop réductrice. Aussi l'étude du principe d'interdiction contractuelle suivant la matière présente-t-elle des défauts inhérents à sa vocation unificatrice. À cet égard, l'approche relative aux matières doit être complétée en envisageant les missions dévolues aux institutions publiques. Parmi celles-ci, l'organisation des services publics impose des restrictions quant à l'usage du procédé contractuel.

b) Les prohibitions suivant la mission

407. Dans sa jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*, le Conseil d'État a réaffirmé solennellement l'exigence d'un contrat pour la délégation de la gestion d'un service public⁶³. Ce principe connaît des tempéraments et ne compromet pas la prohibition contractuelle concernant l'organisation des services publics. Au-delà de la matière considérée, cette interdiction constitue une limite à l'habilitation des délégataires. Ainsi le juge administratif veille-t-il à ce que la mission d'organisation demeure subordonnée au délégant, à l'instar d'autres missions comme la délimitation du domaine public⁶⁴.

Fort logiquement, cette règle trouve de multiples applications, puisqu'elle concerne potentiellement toutes les activités d'intérêt général maîtrisées par une personne publique⁶⁵. Aussi est-elle souvent mentionnée par la doctrine publiciste⁶⁶. L'idée

⁶¹ CE, 24 mars 1956, *Société établissements Motte et Porisse*, Rec., p. 143.

⁶² CE, 28 juin 1961, *Compagnie générale*, Rec., p. 443.

⁶³ CE Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155.

⁶⁴ CE, 20 juin 1975, *Sieur Leverrier*, Rec., p. 382.

⁶⁵ V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 700.

⁶⁶ V. en ce sens, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, pp. 234-235 ; B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.

sous-jacente ici peut être résumée comme suit : « la collectivité ne peut jamais se décharger totalement d'un service public. Elle doit toujours en conserver le contrôle, la responsabilité ultime. Cela veut dire que, jamais, elle ne peut se défaire de la totalité des compétences qu'elle détient sur un service donné »⁶⁷. Cette observation suppose, en particulier, la préservation du pouvoir d'organisation des services publics. La personne publique peut déléguer un service, mais ne saurait en abandonner la maîtrise : « l'administration [est] seule compétente pour régler l'organisation du service public »⁶⁸.

408. En pratique, cette prohibition contractuelle connaît une manifestation significative dans le recours aux clauses réglementaires⁶⁹. Comme le soulignent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « c'est, peut-on dire, pour l'organisation du service public, une autre manière d'« échapper au contrat » »⁷⁰. Caractéristique de la particularité de cette mission, la nature réglementaire de la clause constitue une sorte de garantie pour la personne publique.

Cependant, cette appréciation est parfois discutée car « si les clauses réglementaires se voient appliquer, sur certains points, le régime des actes réglementaires, elles ne constituent pas, pour autant de véritables décisions »⁷¹. À cet égard, elles sont modifiables par les parties⁷² et suivent les modalités des stipulations contractuelles dans l'hypothèse d'une modification unilatérale⁷³. Voilà pourquoi le recours aux clauses ré-

⁶⁷ J.-B. AUBY, note sous l'arrêt CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, RDP, 1994, p. 1833.

⁶⁸ CE, 6 mai 1985, *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche, chargé des PTT c/ Ricard*, Rec., p. 144 ; TA Paris, 1^{er} avr. 1987, *Borniche*, Rec., p. 470.

⁶⁹ V. not., CE Sect., 23 févr. 1968, *Picard*, Rec., p. 131 ; CE Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, Rec., p. 153 ; CE Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, Rec., p. 274 ; CE, 14 janv. 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales (FO)*, Rec., p. 9 ; V. déjà impl., CE, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec., p. 961.

⁷⁰ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 46. V. aussi, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 223-225 et 372.

⁷¹ J. PETIT, « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 22.

⁷² M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 590. V. aussi, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 235. V. égal. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE Ass., 16 avr. 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télévision et autres*, RDP, 1986, spéc. pp. 858-859.

⁷³ CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*, Rec., tab. (à paraître). V. en ce sens, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 108-109, spéc. note 64 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 64 ; D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 1998, p. 14 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 265.

glementaires ne serait pas susceptible de rendre compte de l'interdiction de contracter concernant l'organisation des services publics. Sans aucun doute l'administration n'échappe-t-elle pas intégralement au contrat dans cette hypothèse. Il n'en demeure pas moins que la partie publique conserve l'exécution de cette mission, quand bien même elle serait partagée ou donnerait lieu à indemnisation⁷⁴. Un équilibre est ainsi trouvé entre la préservation de cette prérogative publique, liée aux exigences de l'intérêt général, et la protection du cocontractant de l'administration. Dans cette mesure la nature réglementaire des clauses portant sur l'organisation du service public rend compte de l'interdiction de contracter sur cet objet. Du reste, on peut ajouter pour appuyer cette idée que la jurisprudence conforte le sentiment selon lequel la clause réglementaire est essentiellement divisible de la convention⁷⁵. Et un fort mouvement jurisprudentiel tend à rapprocher, toujours un peu plus, le régime de la clause réglementaire de celui de l'acte réglementaire.

409. Définie par le juge, la prohibition contractuelle dont bénéficie l'organisation du service public trouve dans la jurisprudence administrative de solides bases. En ce sens, l'arrêt *Barbaro et de la Marnière* énonce qu'une commission administrative ne saurait « légalement [...] s'interdire de modifier pendant la durée du contrat, sans l'accord [d'un] chirurgien, l'organisation du service de chirurgie de l'hôpital, prévue par ladite commission »⁷⁶. En dépit du nombre assez faible de décisions rappelant ce principe⁷⁷, il a rarement été démenti. Et si pour certains auteurs un « contrat [peut néanmoins] avoir pour objet l'organisation d'un service public »⁷⁸, leur appréciation doit être précisée ici dans la mesure où elle repose en particulier sur un arrêt *Commune d'Ivry-sur-Seine*⁷⁹. Le juge administratif y affirme la possibilité d'un « contrat passé entre

⁷⁴ Sur ce point, la modification des clauses réglementaires diffère de celle d'un acte unilatéral. Parce qu'elle s'exerce dans le cadre contractuel, le préjudice qu'elle peut éventuellement causer au cocontractant de l'administration est susceptible de justifier une indemnisation. Certes, des conditions doivent être remplies pour exiger une réparation. Mais de semblables conséquences incitent à nuancer le rapprochement que l'on peut établir entre la modification de la clause réglementaire et celle de l'acte réglementaire. V. *contra*, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Droit public domat », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 497-498 ; B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 70 : « les clauses peuvent être modifiées unilatéralement, de la même manière que pour un acte réglementaire ».

⁷⁵ CE Sect., 8 avr. 2009, *Association ALCALY*, *Rec.*, p. 112 ; CE, 31 juill. 2009, *Société les sables d'or*, req. n° 303876.

⁷⁶ CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, *Rec.*, p. 25.

⁷⁷ V. auparavant, CE, 2 janv. 1959, *Lecomte*, *Rec.*, p. 4.

⁷⁸ E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 102.

⁷⁹ CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, *Rec.*, p. 197. V. égal., mentionnant cette possibilité, CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement*, *Rec.*, tab., p. 628.

deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public ». Dans cette affaire, le Conseil d'État transpose la jurisprudence *Département de la Moselle*⁸⁰, laquelle est circonscrite aux conventions conclues entre le représentant de l'État dans le département et le président du Conseil général, en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982⁸¹.

Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette jurisprudence. Le contrat est précisément conclu par deux personnes publiques et les clauses considérées recouvrent, en vérité, une nature incertaine⁸². On peut y percevoir des actes régissant l'exercice de compétences administratives pour l'organisation des services publics, et considérer qu'il s'agit là « d'actes de forme contractuelle et de contenu essentiellement réglementaire »⁸³. Comme l'admet le rapport du Conseil d'État pour 2008, « conclus entre personnes publiques, ils ne sont pas éloignés du mode d'action unilatéral, mode normal et prépondérant d'organisation du service public »⁸⁴. De là, l'hypothèse admise par le juge devient une confirmation *a contrario* de la prohibition contractuelle. En aucune façon elle n'affaiblit l'impossibilité de passer un contrat avec une personne privée portant sur l'organisation du service public. Elle signifie, par exception, que des personnes publiques peuvent s'accorder sur l'organisation du service public. En ce cas, les clauses prévues conservent des effets réglementaires, lesquels s'analysent comme il a été dit en des corrolaires de l'interdiction contractuelle.

c) Les prohibitions suivant le statut

410. À la différence des précédentes prohibitions, l'interdiction liée aux statuts qui régissent les situations d'agents ou d'administrés résulte directement des textes. D'un point de vue historique, le juge administratif a juste déduit de l'existence d'un

⁸⁰ CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec., p. 105. V. aussi, CE, 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, Rec., tab., p. 954.

⁸¹ V. not., Ch. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, chron. sous l'arrêt CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, AJDA, 1992, 480 ; V. HAÏM, note sous l'arrêt CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, JCP G, 1993, II, 22014.

⁸² D'ailleurs, les auteurs hésitent eux-mêmes sur la portée de cette jurisprudence, E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, pp. 102-110.

⁸³ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 125. V. aussi, G. JÈZE, Cours de droit public. Théorie générale des contrats de l'administration, formation et exécution, Marcel Giard, 1931, p. 437 ; D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », J.-Cl. adm., fasc. 675, 1998, p. 15 ; Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », EDCE, 1988, p. 71.

⁸⁴ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 159.

encadrement légal et réglementaire l'exclusion des contrats. Ce seul constat justifie une distinction entre les interdictions touchant la fonction publique, par exemple, et celles relevées pour la police administrative et la fiscalité, ou même l'organisation du service public. Pourtant, ces hypothèses sont souvent rapprochées, car elles aboutissent aux mêmes effets. Il convient au contraire de bien séparer chaque sorte de prohibition.

411. Comme en atteste la littérature juridique, la fonction publique n'est jamais envisagée comme une matière excluant, par principe, la conclusion de contrats⁸⁵. L'interdiction résulte ici de l'ordonnancement normatif. Plus précisément, le consensus doctrinal prend appui sur la jurisprudence *Portebois*, qui contient une formule désormais consacrée : « la situation des fonctionnaires telle qu'elle est fixée par les lois et règlements ne saurait être modifiée par des accords contractuels »⁸⁶. Depuis l'intervention de l'article 4 de la loi du 13 juillet 1983, les décisions juridictionnelles s'y réfèrent parfois tout en préservant la ligne jurisprudentielle antérieure⁸⁷. La substance du principe n'a guère connu d'altération et procède toujours de l'idée que le régime statutaire chasse la constitution de droits acquis au profit d'un agent⁸⁸. *A contrario*, un accord-cadre relatif à l'organisation des droits syndicaux peut être conclu dès lors qu'il n'influe pas sur les questions statutaires⁸⁹.

L'ensemble des auteurs a épousé la logique empruntée par le Conseil d'État⁹⁰. Ainsi, M. Chapus note que le statut légal et réglementaire exclut « toute possibilité lé-

⁸⁵ D'ailleurs, l'existence d'agents contractuels en témoigne, et ce malgré les conséquences limitées attachées au contrat, v. not, Y. GAUDEMET, « Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA*, 1977, p. 614.

⁸⁶ CE, 25 oct. 1929, *Portebois*, *Rec.*, p. 930 ; CE, 28 juill. 1943, *Giret*, *Rec.*, p. 206. V. des décisions antérieures suggérant cette jurisprudence, CE, 19 nov. 1909, *Zeilabidine*, *Rec.*, p. 894 ; CE, 27 juin 1913, *Cornus*, *Rec.*, p. 764.

⁸⁷ CAA Douai, 23 sept. 2003, *M. Claude X.*, req. n° 01DA00728.

⁸⁸ Cette règle vaut tant pour les contrats que pour les actes unilatéraux. V. not., CE Sect., 11 janv. 1946, *Gérald*, *Rec.*, p. 10 ; CE, 5 juin 1946, *Henry*, *Rec.*, tab., p. 411 ; CE, 4 mai 1960, *Premier ministre c/ Sieur Jaffray*, *Rec.*, p. 291 ; CE, 6 févr. 1963, *Centre hospitalier de Boulogne-sur-mer*, *Rec.*, p. 77 ; CE Sect., 8 mars 1963, *Amicale des membres des tribunaux administratifs*, *Rec.*, 144 ; CE, 4 oct. 1968, *Sieur Tontin et autres*, *Rec.*, p. 476 ; CE, 19 déc. 1980, *Denis et autres*, *Rec.*, tab., p. 566 ; CE, 26 sept. 1990, *Pillet*, *Rec.*, p. 255 ; CE, 9 avr. 1999, *Rochaix*, *Rec.*, tab., p. 864.

⁸⁹ CE, 18 juin 1997, *Fédération syndicale SUD des PTT*, req. n° 148728.

⁹⁰ V. auparavant, G. JÉZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, Marcel giard, rééd. Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, pp. 244-254. V. pour une présentation, CE, Rapport public, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, n° 54, 2003, p. 329 et s. ; B. GENEVOIS, concl. sur l'arrêt CE Sect., 25 mai 1979, *Rabut*, *Rec.*, pp. 236-238 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, pp. 176-177. V. aussi, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 206-207 ; J.-P. WAUQUIER, « Les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion de la Fonction publique », *la Gazette des communes*, 1^{er} juill. 2002, p. 60.

gale d'arrangements personnels entre l'administration et ses agents ou d'aménagements particuliers de la situation de ces derniers »⁹¹. Il précise en outre qu'il est superflu de « distinguer selon qu'ils seraient décidés par l'administration ou convenus d'un commun accord entre elle et les agents, ou selon qu'ils sont favorables ou non aux agents »⁹². Avec plus de précautions, M. Jégouzo relève que « s'agissant des fonctionnaires, on se situe dans le cadre d'un régime qui reste statutaire, c'est-à-dire légal et réglementaire. Pour l'instant, tout au moins, on est ici hors du champ du contrat »⁹³. La prudence de cet auteur est légitime puisque l'impossibilité de contracter ne tient qu'au statut des agents. Or le régime légal et réglementaire français peut subir des aménagements, comme y invite d'ailleurs le droit communautaire⁹⁴. S'il n'est pas totalement menacé, le système français doit s'adapter à certaines exigences issues notamment de la construction européenne⁹⁵. Entre autres, cela explique une certaine réserve au sein de la doctrine face aux hésitations persistantes du législateur⁹⁶.

412. Si la fonction publique est comprise parmi les matières traditionnellement proscrites aux contrats, cela résulte ainsi de la nature du statut dont bénéficient les fonctionnaires. Une semblable déduction s'impose pour de nombreuses autres situations soumises à un régime statutaire. Par exemple, elle peut valoir s'agissant des élèves d'un établissement privé pour l'octroi de bourses d'enseignement⁹⁷, pour les usagers d'une crèche⁹⁸, ou encore pour les personnes hospitalisées d'un établissement public de santé⁹⁹. De même, une question similaire a été soumise au juge administratif

⁹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 2, p. 69.

⁹² *Ibid.*, p. 69. V. not., Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. La fonction publique*, t. 5, LGDJ, 12^{ème} éd., 2000, pp. 34-40 ; R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, A. Colin, 1954, rééd. Dalloz, 2005, pp. 84-85.

⁹³ Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 548 (nous soulignons).

⁹⁴ M. POCHARD, « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 991.

⁹⁵ J. FOURNIER, *Livre blanc. Le dialogue social dans la fonction publique*, La documentation française, 2002, pp. 41-42 ; J.-M. LEMOYNE DE FORGES, « Quelle influence communautaire sur l'avenir du modèle français de fonction publique ? », *RFAP*, 2010, pp. 707-709.

⁹⁶ V. not., concernant la Loi n° 2010-751 du 5 juill. 2010 *relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, E. MARC et Y. STRUILLLOU, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *DA*, 2010, étude 20, spéc. pp. 13-14 ; F. MELLERAY, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, pp. 2048-2049.

⁹⁷ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.*, p. 22.

⁹⁸ CE, 21 sept. 1990, *Fabre*, *Rec.*, tab., p. 857.

⁹⁹ CE, 30 mars 1984, *Hôpital-Hospice de Mayenne c/ Baras*, *Rec.*, p. 141 ; CE Sect., Avis, 28 juill. 1995, *Kilon*, *Rec.*, p. 315.

au sujet de la « charte des thèses ». Rejetant le recours, celui-ci a estimé, en effet, que la signature de la charte par le directeur de thèse et le doctorant « n'a pas pour objet et ne pourrait d'ailleurs avoir légalement pour effet d'établir une relation de nature contractuelle entre les signataires »¹⁰⁰. Cette énumération ne prétend pas à l'exhaustivité, et si d'autres exemples pourraient être mentionnés, ils ne seraient sans doute pas aussi significatifs.

On le voit, le raisonnement emprunté par le Conseil d'État n'est guère discutable. Il se fonde sur la situation légale et réglementaire dans laquelle se trouve l'utilisateur d'un service public administratif¹⁰¹, même si ce principe mérite d'être nuancé¹⁰². On peut fort bien appliquer cette démarche à d'autres documents comme une « charte du lecteur ». En effet, l'utilisateur d'une bibliothèque doit fréquemment signer une charte lors de son inscription. Si la forme est trompeuse, puisque par sa signature le lecteur consent à cette charte, le fond ne laisse planer aucune ambiguïté. Le contenu de cet acte s'avère être le règlement intérieur de l'établissement. En raison du régime réglementaire régissant l'utilisateur d'un service public administratif, la charte du lecteur confère l'illusion furtive d'un procédé conventionnel mais il n'en est rien.

413. Quoiqu'elles aboutissent toutes à interdire la conclusion d'un contrat, les situations observées sont très diverses selon que l'on vise une matière, une mission ou un statut. Suivant les cas, la prohibition s'avère plus ou moins large, repose sur un fondement juridique différent, et surtout est revêtue d'une valeur juridique variable¹⁰³. De ce dernier constat, il faut déduire que ce principe ne bénéficie pas toujours d'une protection identique. Tantôt une disposition légale suffirait pour y déroger, tantôt une modification constitutionnelle serait nécessaire. Tous ces caractères rendent plus difficiles les entreprises de systématisation, car l'ordonnancement juridique comporte non pas un principe mais une collection d'interdictions du contrat s'agissant de certains objets. Hétéroclites, les prohibitions contractuelles le sont encore au regard de l'infléchissement qu'elles connaissent.

¹⁰⁰ CE, 20 mars 2000, *Mayer et Richer*, req. n° 202295 ; *AJDA*, 2000, p. 756. V. égal. CE, 21 déc. 2001, *Perbal*, *Rec.*, p. 666 ; *JCP G*, 2002, II., 10135, note S. Laget ; CE, 16 avr. 2010, *Mwangelu*, *AJDA*, 2010, p. 814.

¹⁰¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 604 et s. ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, pp. 754-755.

¹⁰² B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 334.

¹⁰³ V. sur cette distinction, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 179-181.

§2. Des prohibitions faiblement infléchies

414. Bien que continuellement confortées, les prohibitions contractuelles admettent un certain infléchissement¹⁰⁴. Peut-être la récurrence de ces réaffirmations se justifie-t-elle d'ailleurs par les dérogations ponctuelles qu'elles connaissent. Il est possible d'ordonner les exceptions selon qu'elles proviennent de la jurisprudence ou d'un texte¹⁰⁵. À l'initiative du juge administratif, quelques prohibitions ont subi un premier assouplissement (a). Cette évolution concerne dans une large mesure les activités d'ordre matériel, qui n'impliquent pas un pouvoir de décision unilatérale. Le législateur est également intervenu pour permettre la conclusion de contrats (b). Il faut préciser que certains types de prohibitions sont peu altérés par ces changements : l'infléchissement relevé frappe surtout les services régaliens et c'est en définitive la police administrative qui monopolise les discours doctrinaux.

a) Les infléchissements jurisprudentiels

415. Peu à peu, le Conseil d'État s'est attaché à reconnaître un rôle plus important aux organismes privés au sein des matières régaliennes. Cette latitude résulte d'une politique plus libérale favorisant un désengagement tout relatif des pouvoirs publics. Elle permet un recours plus soutenu à l'action contractuelle qui se borne néanmoins à des tâches matérielles¹⁰⁶. Admis au gré des jurisprudences, ces infléchissements sont marqués par leur création progressive, par touches successives. Ils se caractérisent aussi par leur importance pratique, plus que par leur intérêt théorique qui s'avère assez modeste. En effet, il résulte de certaines pratiques des infléchissements apparents (1^o) ou modérés (2^o) des prohibitions contractuelles.

1^o Les infléchissements supposés

416. Dès le début du XX^e siècle, le juge administratif a autorisé les personnes privées à contribuer aux activités matérielles de police¹⁰⁷. Il est classique, à ce propos,

¹⁰⁴ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n^o 59, 2008, pp. 181-182. V. pour une mise en valeur pertinente, E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767.

¹⁰⁵ V. pour une méthode similaire, J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, pp. 357-360.

¹⁰⁶ Il faut écarter de l'étude les contrats qui permettent la gestion matérielle du service (Th. DAL FARRA, note sous l'avis CE, Avis, Sect. de l'intérieur, 7 oct. 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, *GACE*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1997, p. 249).

¹⁰⁷ R. DENOIX DE SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 971 ; L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n^o spécial), p. 35.

de mentionner l'arrêt *Commune de la Bassée*¹⁰⁸, rendu au sujet du service des incendies. Toutefois, la personne publique se contentait alors de subventionner une entreprise privée afin qu'elle assure une mission de secours. Cette pratique consistait simplement à fournir à un organisme extérieur à l'administration les moyens matériels et financiers pour exécuter une mission. Autrement dit, il s'agissait moins de contracter avec une personne privée que de l'associer par voie unilatérale. Aussi Maurice Hauriou estimait-il que « le conseil municipal de La Bassée n'a pas entendu organiser un service public, mais qu'il a seulement voté un crédit affecté à l'achat et à l'entretien d'un matériel d'incendie et une subvention destinée à une société purement privée de sauvetage »¹⁰⁹. En raison de ses modalités, la relation établie ne porte donc pas une atteinte directe à la prohibition contractuelle¹¹⁰. Il convient d'ailleurs de ne pas en exagérer la portée, laquelle s'avère très circonscrite¹¹¹. Mais en permettant d'associer les personnes privées à certaines activités matérielles de police, la jurisprudence *Commune de la Bassée* laissait présager un infléchissement plus important de ce principe.

417. Par la suite, l'impossibilité de conclure un contrat a connu un nouveau recul s'agissant des activités d'enlèvement, de transport et de garde des véhicules en stationnement irrégulier sur la voie publique¹¹². Le juge administratif prend soin de préciser à leur propos qu'il s'agit de l'exécution de simples opérations matérielles. Celles-ci ne comprennent aucun pouvoir de décision sur les conditions du stationnement. En d'autres termes, l'opérateur privé ne réglemente pas, il se contente d'exécuter. Du reste, si cette tâche présente un intérêt général, elle s'inscrit dans une opération de police judiciaire¹¹³ et peut même être accomplie en dehors de toutes prescriptions de police¹¹⁴. Par conséquent, l'infléchissement de l'interdiction en matière de police administrative est, une nouvelle fois, plus apparent qu'effectif. Une semblable opération

¹⁰⁸ CE, 24 déc. 1909, *Commune de la Bassée*, Rec., p. 1023.

¹⁰⁹ M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 24 déc. 1909 *Commune de La Bassée*, S., 1910, III, p. 50.

¹¹⁰ Un rapprochement peut être effectué avec les tâches logistiques en matière militaire, v. CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 182.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 50. V. égal., P.-L. JOSSE, concl. sur l'arrêt CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, D., 1932, III, p. 28 : « la liberté pour une commune de s'assurer, par des subventions à un organisme privé, des services analogues à ceux que rendrait le service public, n'existe que pour les services facultatifs ; les services obligatoires ne peuvent fonctionner que dans les conditions de la loi » (souligné dans le texte).

¹¹² CE, 24 mai 1968, *Ministre de l'intérieur c/ Sieur Chambrin*, Rec., p. 331 ; TC, 14 mai 1990, *GIE Copagau-Copaghy-Taxitel c/ Préfet de police*, Rec., p. 394.

¹¹³ CE, 18 mars 1981, *Consorts Ferran*, Rec., p. 148 ; CE, 13 janv. 1992, *Grasset*, Rec., p. 16 ; CE, 12 avr. 1995, *Mme Knudsen*, Rec., p. 161.

¹¹⁴ CE, 19 nov. 2007, *SARL Petitnet*, Rec., tab., p. 980.

suggère à l'évidence un service public, mais ne relève pas directement de la police administrative¹¹⁵. Et, en tout état de cause, elle ne comporte aucune prérogative de réglementation.

418. Enfin, le juge a admis, de manière équivoque¹¹⁶, la possibilité pour l'État de déléguer ses pouvoirs de police au profit d'une commune locataire d'un ouvrage public¹¹⁷. Il faut noter que cet arrêt vise des activités immatérielles et appelle donc la prudence. Il convient même d'en minorer l'intérêt. D'une part, parce que les cocontractants sont deux personnes publiques. Au-delà de l'éventuelle méconnaissance de la compétence étatique, les conséquences du contrat sont donc assez réduites. Ses stipulations ne prévoient pas une délégation des pouvoirs de police au profit d'une institution privée. D'autre part, le contexte était fort différent puisque les communes étaient encore soumises à la tutelle de l'État. La liberté d'action de la collectivité locale était ainsi minimale en raison du contrôle exercé par les autorités étatiques. Pour ces raisons, cet arrêt n'est pas significatif des évolutions jurisprudentielles profondes. Isolé, il ne doit pas être perçu comme remettant en cause la volonté initiale du juge administratif de circonscrire le contrat aux seules activités matérielles car elles ne relèvent guère d'une activité de police administrative entendue dans une acception stricte.

2° Les infléchissements modérés

419. À l'heure actuelle, l'atténuation de l'interdiction contractuelle se manifeste surtout pour les mesures de surveillance des lieux publics. Par une jurisprudence assez pointilliste, le juge administratif recherche un équilibre entre la préservation des prérogatives publiques et la sollicitation des entreprises privées¹¹⁸. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Marseille a admis qu'une société puisse être habilitée à retransmettre des informations, portant sur la voie publique et une zone portuaire, dans le cadre d'une concession d'un service de vidéosurveillance. Cet arrêt du 9 novembre 2009 précise, pour valider ce processus, que la société « n'avait pas en charge la pro-

¹¹⁵ V. *contra*, L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, pp. 173-176.

¹¹⁶ V. en ce sens, J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 357 ; J. PETIT, « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 22.

¹¹⁷ CE, 5 avr. 1974, *Allieu*, *Rec.*, p. 216.

¹¹⁸ V. déjà, CE, 19 févr. 1988, *SARL Pore gestion et JLP*, *Rec.*, p. 77.

tection effective des lieux et ne procédait pas à la constatation et à la répression des infractions commises aux règlements de police »¹¹⁹.

Dès lors, s'il existe une participation plus étroite à la police administrative, elle se limite à des opérations de renseignement. Restent à la discrétion des autorités de police les mesures d'établissement et de sanction des éventuelles infractions. Voilà pourquoi il faut considérer avec des réserves l'affirmation générale selon laquelle un « contrat ne peut pas confier à une société privée des tâches de surveillance de la voie publique car cette activité incombe à la police municipale »¹²⁰. Certes, le Tribunal administratif de Versailles a jugé naguère que l'interdiction contractuelle vise « non seulement le transfert d'une compétence normative à une personne privée, mais encore l'habilitation de celle-ci à exercer des activités matérielles de police »¹²¹. Mais le juge administratif semble désormais plus enclin à accepter que certaines activités matérielles puissent être exécutées par des organismes privés. Et ceci y compris lorsqu'elles comportent des conséquences pour la surveillance de la voie publique¹²².

En somme, l'évolution jurisprudentielle tend à resserrer l'interdiction autour des pouvoirs de l'administration. Peu importe que le domaine public soit incidemment concerné, dès lors que les moyens dont dispose l'organisme privé sont cantonnés à renseigner la personne publique. La protection de ce territoire n'obère pas la possibilité que des activités y soient autorisées par l'administration propriétaire. Autrement dit, le juge administratif tolère le concours des personnes privées, à la condition qu'il ne conduise pas à leur intervention sur le terrain et empiète sur les pouvoirs de souveraineté. La solution retenue par la Cour administrative d'appel de Marseille semble

¹¹⁹ CAA marseille, 9 nov. 2009, *Société Vigitel c/ commune de Fréjus*, *Rec.*, (à paraître). V. *contra*, TA Nice, 22 déc. 2006, *Société Vigitel c/ commune de Fréjus*, *AJDA*, 2007, p. 1482, concl. F. Dieu.

¹²⁰ V. TCHEN, « Police administrative. Théorie générale », *J.-Cl. adm.*, 2007, fasc. 200, n° 95 ; E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 770.

¹²¹ TA Versailles, 17 janv. 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, *Rec.*, p. 303.

¹²² Dans l'hypothèse où la jurisprudence de la Cour administrative d'appel serait consacrée, un pas supplémentaire serait effectué, puisque le Conseil d'État a jugé, respectant il est vrai un cadre légal spécifique aux sociétés de gardiennage, que « les sociétés de surveillance et de gardiennage [...] ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique » (CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Rec.*, tab., p. 706).

correspondre, en tout cas, à l'interprétation du Conseil d'État¹²³ et à celle du Conseil constitutionnel¹²⁴.

420. Subtile, la jurisprudence administrative pourrait apparaître trop compliquée, voire quelque peu artificielle. Une chose est certaine, la surveillance suppose vraisemblablement un inflexible de la prohibition en matière de police. En effet, le juge ne cherche pas à exclure de ce domaine certaines activités de surveillance qui participent à la prévention des troubles susceptibles d'être portés à l'ordre public. Seulement, ces tâches matérielles ne préjudicient pas aux pouvoirs de police de l'autorité administrative¹²⁵. Tout juste impliquent-elles une contribution anodine pour les prérogatives régaliennes. Cela explique la discrète régression de l'interdiction de contracter dans cette matière.

Au surplus, deux motifs pratiques devraient inciter le Conseil d'État à consacrer cette analyse. D'une part, la personne publique conserve, en toute hypothèse, la maîtrise du service public et le contrôle du concessionnaire. Cela ne saurait constituer un argument pour déléguer des compétences supposant un pouvoir de décision unilatérale, mais tempère les dangers que représente la délégation d'activités matérielles de police. D'autre part, l'irrégularité de l'objet d'un tel contrat devrait aboutir à son annulation. Or cette solution radicale n'est pas souhaitable et, comme il le préconise lui-même, le juge administratif doit, autant que possible, parvenir à une décision moins destructrice pour l'acte. Cela n'est possible qu'en agissant en amont sur l'examen de la régularité de ce procédé.

421. Toute proportion gardée, il arrive aussi que l'interdiction contractuelle admette des exceptions en matière fiscale. La plupart des auteurs évoquent à ce titre une décision du Conseil constitutionnel relative à une convention fiscale conclue

¹²³ CE, 20 mars 1998, *Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique*, *Rec.*, tab., p. 1022 : sur une concession comportant une mission de « télésurveillance » d'édifices publics, le Conseil d'État a estimé que « la convention de concession [...] ne confie pas à la société [...] des missions relevant du domaine de la police municipale, mais lui délègue l'exploitation d'un service public à caractère commercial ».

¹²⁴ CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, 2002-461 DC, *Rec.*, p. 204, spéc. cons. 87. Récemment, l'assouplissement jurisprudentiel a d'ailleurs atteint ses limites. Le Conseil constitutionnel a conforté la protection des prérogatives de police en déclarant non-conforme une disposition permettant « d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique » (nous soulignons). V. CC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, 2011-625 DC, *JORF*, p. 4630.

¹²⁵ CE, Avis, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, *Rec.*, 582 ; *RFDA*, 2000, p. 797, concl. C. Bergeal.

entre la France et la Nouvelle-Calédonie¹²⁶. Consacrant la conclusion de contrats entre l'État et d'autres personnes publiques, le juge limite leur usage en jugeant que « la définition de ces droits et obligations par la voie contractuelle ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la Constitution ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la Constitution ». Les auteurs estiment dès lors que, pouvant faire l'objet d'une modification unilatérale par le législateur, ces actes ne sont pas de véritables contrats¹²⁷.

Pour des raisons différentes, une autre dérogation en matière fiscale mérite de voir ses conséquences nuancées. Selon une jurisprudence traditionnelle les droits de place sont analysés comme des recettes fiscales¹²⁸. En dépit de cette nature, qui trouve dans un décret du 17 mai 1809 une justification historique¹²⁹, des contrats peuvent en déléguer la perception. Néanmoins, le juge administratif tient pour indicatives les clauses contractuelles comportant une actualisation des sommes perçues, dont l'effet serait de priver la personne publique de la détermination de ces recettes¹³⁰. Et à la protection de cette prérogative s'ajoute la contestation de la nature des sommes perçues. Comme le souligne M. Delvolvé, ces dernières pourraient fort bien être qualifiées de redevances pour service rendu¹³¹. Auquel cas, cette hypothèse ne contreviendrait plus à la prohibition contractuelle puisqu'aucune recette fiscale ne serait en jeu.

422. En définitive, le juge administratif ne paraît pas le mieux armé pour infléchir les diverses prohibitions contractuelles. Aussi, les hypothèses consacrées n'affectent pas, ou seulement en surface, l'interdiction de contracter dans les matières régaliennes. À l'aune de la valeur des principes visés, elles requièrent logiquement l'intervention du législateur.

¹²⁶ CC, 19 juill. 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 83-160 DC, *Rec.*, p. 43.

¹²⁷ V. en ce sens, J.-P. JARNEVIC, note sous la décision CC, 19 juill. 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 83-160 DC, *AJDA*, 1984, p. 33.

¹²⁸ CE Sect., 6 avr. 1951, *Syndicat des marchands ambulants d'Eure-et-Loir*, *Rec.*, p. 177.

¹²⁹ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 478.

¹³⁰ CE, 22 nov. 1985, *Ville de La Courneuve*, *Rec.*, p. 333 ; *AJDA*, 1985, p. 117, obs. L. Richer.

¹³¹ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 478.

b) Les infléchissements textuels

423. À la différence des dérogations provenant de la jurisprudence, celles issues de textes affectent plus frontalement l'interdiction de recourir au contrat. Elles apportent, de manière ciblée, des exceptions notables au principe. Légitime, l'intervention du législateur ne soulève guère de difficulté (1^o). En revanche, la présence de dérogations non-législatives peut surprendre. Elle reste d'ailleurs exceptionnelle (2^o).

1^o L'édition ordinaire de textes législatifs

424. Bien qu'il l'ait longtemps laissée inusitée¹³², le législateur détient la possibilité de réduire les différentes interdictions contractuelles¹³³. Cependant, la valeur constitutionnelle dont jouissent certaines d'entre elles l'empêche théoriquement de les renverser. Dans cette hypothèse, il n'est envisageable d'apporter que de simples aménagements à la prohibition constitutionnelle. Et il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer, le cas échéant, sur la conformité du procédé inscrit dans la loi. En droit positif, cette présentation demeure incertaine, elle devrait sûrement appeler une consécration plus nette. Quoi qu'il en soit, il peut paraître excessif d'affirmer que « l'interdiction, par nature, de déléguer une partie de l'exercice d'une activité de police ne tient qu'à un trait de plume du législateur »¹³⁴. Ainsi formulée, cette proposition néglige les limites dans lesquelles est exercé le pouvoir législatif. Elle traduit néanmoins la multiplication des textes votés par le Parlement, laquelle affecte inégalement l'interdiction contractuelle.

425. En premier lieu, il arrive que le législateur permette la conclusion d'un authentique contrat. En témoigne, s'agissant de la police des aéroports et des installations à usage aéronautique, l'article L. 213-2-1 du Code de l'aviation civile. Cette disposition énonce que « les personnels des entreprises agissant pour le compte et sous le contrôle de l'administration et habilités à cet effet par l'autorité administrative vérifient que les entreprises ou organismes installés sur les aéroports respectent les mesures de prévention en matière de sécurité du transport aérien et de sûreté »¹³⁵. Nul

¹³² J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 7.

¹³³ J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 751 ; D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 1998, pp. 14-15 ; B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats conclus entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.

¹³⁴ L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 181.

¹³⁵ Art. L. 213-2-1 du Code de l'aviation civile.

doute qu'il s'agit bien d'opérations relevant d'une police administrative spéciale dévolue au représentant de l'État puisqu'elles consistent en des tâches d'inspection et de filtrage¹³⁶. Ce procédé, validé par le Conseil constitutionnel¹³⁷, révèle ainsi un infléchissement singulier dans la mesure où le contrat est conclu entre deux personnes privées : l'exploitant d'aéroports transformé en société et les entreprises prestataires.

Sans souci d'exhaustivité, il faut relever que le législateur est aussi intervenu pour prévoir la signature de transactions en matière fiscale afin de régler un litige¹³⁸. Il a aussi permis la conclusion de marchés dont l'objet était de confier à des personnes privées le transport d'étrangers en centre de rétention¹³⁹. On peut encore mentionner l'article L. 6154-4 du Code de la santé publique, lequel précise que les praticiens statutaires d'un établissement public ont l'obligation de conclure un contrat s'ils souhaitent exercer une activité libérale au sein de l'hôpital. Néanmoins, cette dernière hypothèse doit être envisagée avec prudence. Elle implique précisément que l'agent ne se trouve plus soumis au régime légal et réglementaire, il est placé hors de ce cadre. Ainsi, la dérogation à la prohibition contractuelle est mineure et ce contexte explique la prédétermination des clauses par un règlement¹⁴⁰.

Avec une réserve comparable, peuvent enfin être mentionnés les concessions d'aménagement¹⁴¹, qui ne méconnaissent pas l'interdiction contractuelle¹⁴², ou les contrats passés en matière d'enseignement. Concernant ces derniers, le Code de l'éducation rend possible la rédaction d'accords de deux sortes : certains établissements peuvent signer des contrats d'association¹⁴³, et d'autres des contrats dits « simples »¹⁴⁴. En aucun cas ces dispositions ne supposent la délégation de la mission

¹³⁶ CE, 3 juin 2009, *Société des aéroports de Paris*, *Rec.*, p. 216.

¹³⁷ CC, 14 avr. 2005, 2005-513 DC, *Loi relative aux aéroports*, *Rec.*, p. 67.

¹³⁸ Art. L. 248 du Livre des procédures fiscales.

¹³⁹ Art. 53 de la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF*, 27 nov. 2003, p. 20136 (disposition abrogée par l'art. 4 de l'ordonnance n° 2004-148 du 24 nov. 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF*, 25 nov. 2004, p. 19924.

¹⁴⁰ Art. L. 6154-4 du Code de la santé publique.

¹⁴¹ Art. L. 300-4 et L. 300-5 du Code de l'urbanisme. V. aussi, J.-F. DAVIGNON, « L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local », *CMP*, 2007, étude 12, p. 55.

¹⁴² F. BARLOY, « Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, pp. 54-59.

¹⁴³ Art. L. 442-5 à 11 du Code de l'éducation

¹⁴⁴ Art. L. 442-12 du Code de l'éducation

d'enseignement public¹⁴⁵. Il est d'ailleurs significatif que la section ouvrant le chapitre dans lequel apparaissent les contrats simples et d'association soit consacrée au « contrôle de l'État sur les établissements d'enseignement privés ». Cet intitulé indique clairement l'intention du législateur de permettre l'utilisation du contrat pour l'encadrement des organismes privés.

426. En second lieu, la loi autorise parfois la conclusion d'actes conventionnels dont la nature contractuelle est contestable. Elle confère en fait au procédé une apparence qui ne correspond pas à ses effets réglementaires. Il en va ainsi des « conventions » signées entre un maire, un préfet et, s'il y a lieu, le président d'un établissement public de coopération intercommunale au titre de l'article L. 2212-6 du Code général des collectivités territoriales¹⁴⁶. Leur objet consiste à assurer la coordination entre les actions menées par les agents de la police municipale et les interventions de la police et de la gendarmerie nationale¹⁴⁷. Comme l'indique le décret établissant une convention-type guidant la conclusion de ces actes, « le responsable des forces de sécurité de l'État et le responsable de la police municipale [...] se réunissent périodiquement pour échanger toutes informations utiles relatives à l'ordre, à la sécurité et la tranquillité publics dans la commune, en vue de l'organisation matérielle des missions »¹⁴⁸. Il ressort de ces dispositions réglementaires toute l'ambiguïté qui entoure la nature des conventions issues de l'article L. 2212-6.

Selon les collectivités, ce texte est modestement adapté aux circonstances locales. Par exemple, la convention de coordination entre les polices nationale et municipale d'Amiens prévoit des obligations d'information, l'organisation matérielle de réunions et les modalités d'intervention sur le terrain¹⁴⁹. Quoi qu'il en soit, la confrontation de quelques actes suffit pour en comprendre les effets réglementaires puisque

¹⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 479.

¹⁴⁶ Notons que cet article a fait l'objet d'une réécriture à l'occasion d'une loi de simplification, en particulier pour tenir compte de la possibilité de conférer des pouvoirs de police au président d'un établissement public de coopération intercommunale, v. Art. 119 de la Loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009, *JORF*, 13 mai 2009, p. 7920.

¹⁴⁷ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 181.

¹⁴⁸ Art. 1^{er} de la convention-type annexée au décret n° 2000-275 du 24 mars 2000 déterminant les clauses de la convention-type de coordination prévue à l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales, *JORF*, 26 mars 2000, p. 4731.

¹⁴⁹ Projet de convention de coordination établi lors d'une séance datée du 1^{er} juill. 2010 (consulté sur www.emilietherouin.fr).

la convention intéresse l'organisation du service public de la police¹⁵⁰. Du reste, il est significatif qu'une circulaire du ministre de l'intérieur datée du 26 mai 2003 énonce ceci : « le maire signe la convention de coordination en application de ses pouvoirs propres de police générale. Il n'est donc pas nécessaire qu'une délibération du conseil municipal l'y autorise au préalable ». Cette interprétation corrobore l'idée selon laquelle la convention n'est pas vraiment un contrat. Il s'agit d'un acte perçu comme relevant de la compétence réglementaire du maire, puisque dans le cas contraire une habilitation de l'assemblée locale serait nécessaire à la régularité de la signature de la convention.

De même et enfin, la nature des contrats de développement territorial institués par la Loi relative au Grand Paris¹⁵¹ n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Elle peut conduire à ne pas percevoir ces actes comme dérogeant à l'exclusion contractuelle dans le domaine de l'urbanisme. Au-delà de l'appellation retenue par le législateur, leurs modalités de conclusion ainsi que leurs effets permettent de les rapprocher des actes unilatéraux. En effet, chose inhabituelle pour les conventions, la signature des contrats de développement territorial doit être précédée d'une enquête publique selon les modalités définies par le Code de l'environnement. Et l'article 21 de la Loi du 3 juin 2010 énonce que ces mêmes actes peuvent « valoir déclaration de projet des actions ou opérations d'aménagement et des projets d'infrastructures »¹⁵². Sous réserve de l'utilisation qu'en feront les parties, il semble donc que le législateur ait entendu conférer à ces « contrats » une nature différente de celle supposée par la terminologie employée. Une fois encore, le procédé autorisé par la loi ne suggère aucune entorse réelle à l'interdiction de contracter qui domine l'action publique en matière d'urbanisme.

427. Régulière du point de vue du droit positif, l'intervention du législateur est souvent trompeuse parce que les actes dont elle permet la signature ne s'analysent pas toujours en de véritables contrats. Dès lors, il serait faux de voir dans ces textes des inflexions aux différentes interdictions de contracter. Il arrive au contraire que les procédés prévus par la loi confirment l'exclusion des contrats, en aménageant les moyens unilatéraux par des procédures de négociation ou en instituant des conventions d'administration.

¹⁵⁰ V. en ce sens, J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 360.

¹⁵¹ Art. 21 de la Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF*, 5 juin 2010, p. 10339.

¹⁵² *Ibid.*, p. 10339.

2° *L'édiction surprenante de textes non-législatifs*

428. En dehors de l'intervention du législateur, il arrive que des autorités administratives édictent des textes dérogeant à l'interdiction de contracter. Assez surprenante, cette pratique devrait demeurer exceptionnelle. La valeur des différents principes implique, en effet, de réserver à la loi la reconnaissance de situations dans lesquelles il est possible de conclure un contrat. Dès lors, il pèse sur cette démarche juridique de réels soupçons quant à la valeur du fondement qu'elle fournit aux acteurs. Fort heureusement, l'utilisation de ces textes se révèle plus respectueuse qu'il n'y paraît des règles dominant l'habilitation des parties.

429. Nombreux sont les auteurs se référant au service des secours en montagne pour évoquer la possibilité de prévoir la conclusion de contrats par voie de circulaire. Certes, c'est en édictant un tel acte que le ministre de l'intérieur a incité les autorités municipales à passer des « contrats de prestation de secours »¹⁵³ avec des organismes privés. Mais, une fois de plus, ces actes ne méconnaissent pas l'interdiction contractuelle en ce domaine. Comme l'énonce la circulaire, « ce contrat [...] ne dégage pas le maire de sa responsabilité juridique en matière de police administrative des secours et lui conserve ses prérogatives et ses obligations de direction des secours »¹⁵⁴. En dépit des apparences, ce procédé est circonscrit à la délégation d'activités matérielles auprès de personnes accidentées sur le territoire de la commune, qui requièrent le savoir-faire d'institutions privées¹⁵⁵. On retrouve ici la critique adressée précédemment à propos de l'approche adoptée par le juge pour les activités matérielles concourant à la réalisation d'une mission de police.

430. Dans une certaine mesure, les contrats locaux de sécurité offrent un autre exemple d'institution d'un procédé conventionnel par le biais d'un acte non-décisoire. Initialement, leur conclusion a été permise par une circulaire du 28 octobre 1997¹⁵⁶,

¹⁵³ Circulaire du 4 déc. 1990 relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond, *JORF*, 29 janv. 1991, p. 1504. Dans un autre domaine, une comparaison pourrait être établie avec les « conventions de développement et de modernisation des transports collectifs », v. circulaire n° 94-91 du 21 décembre 1994. Cette pratique trouve des fondements anciens dans la politique contractuelle. Il n'était pas rare, en effet, de compter parmi les actes conclus des conventions qui n'avaient pas d'autre source qu'une simple circulaire. V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 455 et s.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 1505.

¹⁵⁵ V. en ce sens, P. PINTAT, « Les secours en montagne », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 41 et s.

¹⁵⁶ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757. V. auparavant, au sujet des contrats de programmes locaux de sécurité routière, la circulaire du 26 juill. 1989, *JORF*, 23 sept. 1989, p. 12028.

laquelle fut complétée par une autre circulaire datée du 7 juin 1999¹⁵⁷. Les contrats locaux de sécurité n'ont ainsi bénéficié que d'un fondement juridique très fragile. Mais cela ne dura qu'une courte période puisqu'une loi a consacré cette pratique postérieurement¹⁵⁸.

Quoiqu'elle ne fût pas envisagée ainsi dès l'origine, l'innovation suggérée par les deux circulaires apparaît, à rebours, comme une forme d'expérimentation ayant fait l'objet d'une consécration législative. La situation répond donc désormais aux exigences du droit positif. Pour autant, on ne peut considérer l'intervention du texte légal comme se substituant rétroactivement aux précédentes dispositions. Perdre ainsi une ambiguïté concernant la passation des contrats locaux de sécurité de la première génération. Au surplus, si le fondement juridique a changé, cette seule circonstance n'a pas modifié la nature profonde des actes conventionnels autorisés. Et il n'est pas évident que les contrats locaux de sécurité entament l'interdiction contractuelle en raison de leur contenu faiblement normatif. De la sorte, comme pour les conventions relatives aux secours en montagne, ces actes ne suggèrent que des inflexions discutables.

431. Il est rassurant de constater que l'édiction de textes non-législatifs demeure rarissime, et n'emporte pas de conséquences véritables pour les prohibitions contractuelles. Tantôt leurs dispositions ne permettent que de fausses dérogations, tantôt elles peuvent s'analyser en des instruments d'expérimentation susceptibles d'être l'objet d'une consécration par l'édiction d'une loi. Cette pratique devrait appeler une grande méfiance de la part des autorités. En effet, l'intervention du législateur semble toujours nécessaire à l'autorisation régulière de contracter dans des hypothèses d'exclusion du contrat.

En dépit de leur accroissement, les exceptions au principe de l'interdiction contractuelle demeurent assez sporadiques. Cette conclusion est valable en matière de police administrative¹⁵⁹, mais elle l'est plus encore s'agissant des autres hypothèses. À cet égard, il n'est pas aisé de trouver des justifications – autres que purement pragmatiques – pour rendre compte de la solidité de certaines prohibitions. Il reste que le principe subit dans l'ensemble une altération bien modérée. En vérité, l'augmentation

¹⁵⁷ Circulaire du 7 juin 1999 relative aux contrats locaux de sécurité, *JORF*, 15 juin 1999, p. 8719.

¹⁵⁸ Art. 1^{er} de la loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JORF*, 16 nov. 2001, p. 18215.

¹⁵⁹ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Économica, 2003, p. 357.

des objets autorisés pourrait provenir essentiellement de l'utilisation de conventions d'administration. Il ne faut pas se méprendre, en effet, sur la nature des procédés conventionnels auxquels les acteurs ont recours. Ne pouvant ou ne souhaitant infléchir plus fortement l'interdiction de contracter, ils sont susceptibles de pallier cette impossibilité par la conclusion de conventions d'administration. Pour mieux cerner cette substitution, il convient d'apprécier la motivation qui sous-tend l'accroissement des objets autorisés.

Sous-section 2 : Un accroissement motivé

432. Après avoir constaté l'accroissement des objets sur lesquels une convention peut être conclue, il faut saisir les motifs de ce mouvement afin d'évaluer le rôle joué par les conventions d'administration. L'angle de vue est différent : il ne s'agit plus de décrire la diversité des situations mais d'en expliquer le fondement. Cette étape du raisonnement doit permettre de comprendre pourquoi il est parfois possible de conclure une convention d'administration alors même que l'objet interdit la passation d'un contrat. Outre la multiplicité des hypothèses, une autre difficulté tient dans la nécessité de raisonner de manière indirecte. Cerner les raisons de l'accroissement des objets autorisés oblige, en effet, à s'interroger sur le motif des interdictions contractuelles. Car de celui-ci dépend, par ricochet, la quantité plus ou moins importante des objets contractuels. Et, de là, peut naître une distinction fructueuse par rapport aux objets des conventions d'administration.

433. Les prohibitions contractuelles subissent, malgré les apparences, un infléchissement assez faible. Dès lors, il pourrait sembler paradoxal de constater, dans le même temps, l'accroissement des objets sur lesquels peuvent porter des conventions. Toutefois, il n'existe pas de contradiction car la progression du phénomène conventionnel s'explique par le recours aux conventions d'administration. Si la passation d'accords gagne des domaines en dépit du maintien des interdictions contractuelles, cela tient précisément au fait que les actes considérés ne sont pas toujours des contrats. Pour ceux-ci le motif justifiant l'interdiction de contracter, qui peut être perçu comme unique et subsumant la multiplicité des situations (§1), ne joue pas (§2).

§1. Un motif unique pour les contrats

434. Au-delà de la diversité des prohibitions contractuelles, un motif unique semble pouvoir être retenu pour expliquer l'ensemble des situations. Sans nier les particularités de chacune des hypothèses déjà envisagées, ces dernières gravitent toutes autour des pouvoirs de décision unilatérale reconnus à l'administration. Une telle ap-

proche paraît en adéquation avec le contexte actuel. Celui-ci est marqué par un affinement du fondement retenu par le juge administratif. Jadis, la volonté de préserver les prérogatives des autorités publiques avait sans doute suscité une approche exagérément large et désormais révolue. Il est souhaitable d'abandonner aujourd'hui toute référence à la nature (a) et de privilégier une motivation s'appuyant sur les seuls pouvoirs (b).

a) La contestation du motif tenant à la nature

435. Assez nombreux sont les auteurs estimant encore que certaines matières échappent « par nature » au contrat¹⁶⁰. À cette idée générale correspondent, en vérité, des vues très différentes qui exacerbent les ambiguïtés d'une telle approche. Aussi est-il difficile de comprendre ce que recouvre ce rattachement de la prohibition contractuelle à la nature. C'est pourquoi il serait préférable d'en faire l'économie¹⁶¹. Pour cela, plusieurs arguments peuvent être avancés.

436. Premièrement, le lien entre la nature d'une matière et l'interdiction de contracter repose sur des fondements idéologiques incertains. D'un côté, la doctrine cherche vraisemblablement un fondement d'ordre jusnaturaliste dans cette conception. Elle semble postuler l'existence de règles naturelles, présentées comme immanentes au monde juridique¹⁶². D'un autre côté, les auteurs mènent une étude dans une perspective simplement ontologique. Pour preuve, l'incompatibilité naturelle est accompagnée de manière systématique d'un fondement puisé dans l'ordonnement juridique. Le plus souvent celle-ci ressort de la constitution¹⁶³, mais on mentionne parfois l'existence d'un « principe général »¹⁶⁴ sans plus de précision sur sa valeur. Il ne s'agit donc pas d'une approche faisant appel à des principes incertains. Elle demeure attachée à l'existence, par définition conjoncturelle et exposée à des modifica-

¹⁶⁰ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 44-50 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 183 et s.

¹⁶¹ D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 185 et s. ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2008, p. 290.

¹⁶² V. de manière générale, sur les difficultés impliquées par cette présentation, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, pp. 220-223.

¹⁶³ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 476.

¹⁶⁴ P.-A. JEANNENEY, concl. sur l'arrêt CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, RFDA, 1985, p. 364.

tions, de principes inscrits dans le droit positif¹⁶⁵. Dès lors, il n'est pas toujours aisé de cerner à quelle conception renvoient les auteurs.

437. Deuxièmement, la référence à la nature ne rend pas compte de la variété des hypothèses de prohibition. Sans doute vaut-elle pour les interdictions relatives à l'ordre public, la fiscalité, la justice ou encore la défense. Mais elle ne suffit pas pour comprendre d'autres situations tenant en particulier aux statuts prévus par les textes. Voilà pourquoi cette approche est souvent complétée par l'intervention de la loi. En témoigne l'avis rendu par le Conseil d'État le 7 octobre 1986 : « Les services publics administratifs peuvent être délégués par contrat sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, *par leur nature ou par la volonté du législateur* ne peuvent être assurés que par la collectivité publique »¹⁶⁶.

À cet égard, une semblable présentation n'est pas pleinement convaincante parce qu'elle fait se cotoyer deux catégories situées à des niveaux distincts. Elle dresse, en d'autres termes, un parallèle entre un fondement supposé de l'interdiction et l'un de ses procédés d'édiction. Au demeurant, il n'y a pas nécessairement d'opposition entre les deux. Le législateur peut fort bien édicter une interdiction s'agissant d'une matière réfractaire au contrat par nature, l'une n'exclut pas l'autre¹⁶⁷. Ainsi que l'écrit M. Petit, « les textes qui, en matière de police, instituent des pouvoirs de décision unilatérale traduisent par là les exigences naturelles de la fonction de police »¹⁶⁸. Au-delà de l'effcience variable de l'argument naturel, c'est dire qu'il peut exister une redondance entre ces différents fondements. De cette éventualité, il ne faut cependant pas en inférer que le législateur n'interviendrait jamais par pure opportunité. Ses choix ne sont pas bornés par la seule nature d'une matière.

Plus radicalement, cette superposition des motifs est même parfois envisagée comme une véritable substitution. Pour M. Truchet, « ce n'est pas parce qu'il serait

¹⁶⁵ En ce sens, elle pourrait se rattacher à une école contemporaine du droit naturel dont les ambitions sont assez limitées, Cl. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 5^{ème} éd., 1979, pp. 263-264.

¹⁶⁶ CE, Avis, Sect. int., 7 oct. 1986, n° 340609, GACE, 1^{ère} éd., 1997, p. 676 (nous soulignons). V. égal., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 44-53 ; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 76 ; J. MOREAU, « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 750 et s.

¹⁶⁷ Th. DAL FARRA, note sous l'avis CE, Avis, Ass., 9 mars 1995, *Délégation de service public*, GACE, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 333. V. impl., J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, pp. 103-104.

¹⁶⁸ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 355.

impossible dans telle ou telle matière de consentir par voie contractuelle des droits acquis que le législateur impose une action unilatérale ; c'est parce que le législateur a imposé cette action, qu'il devient impossible d'y consentir des droits acquis contractuels »¹⁶⁹. Ainsi, cet auteur nie toute valeur à la référence naturelle. Elle n'est plus seulement inefficace en certaines circonstances, elle l'est systématiquement. En tout cas, elle donne lieu à de nombreuses discussions et apporte plus de confusion que de clarification¹⁷⁰.

438. Troisièmement, le rattachement à la seule nature ne correspond plus à l'état du droit et, en particulier, à la jurisprudence administrative. Certes, le Conseil d'État s'est référé pendant longtemps à la nature de la police administrative pour exclure la possibilité de contracter¹⁷¹. Mais ce raisonnement semble désormais tari. L'intervention du législateur et l'accomplissement d'activités matérielles par des organismes privés expliquent pour partie cette évolution. Plus rudimentaire, la jurisprudence se contente dorénavant d'appliquer la prohibition contractuelle sans nécessairement recourir à des énonciations de principe¹⁷². Se référer à la nature de la matière pour trancher le litige n'apporterait guère au raisonnement du juge. Référence commode pour la doctrine, elle n'est plus indispensable en pratique et conduit à des redondances superflues. C'est pourquoi elle se trouve souvent écartée pour la résolution des litiges.

439. Quatrièmement, la référence à la nature pour expliquer la prohibition contractuelle peut mener à un raccourci intellectuellement discutable. Comme il a déjà été écrit, ce renvoi évoque les domaines souverains de l'État. Ceux pour lesquels l'intervention des personnes privées semble contraire à une certaine tradition juridique française. Tout ceci s'entend et n'appelle pas de développements supplémentaires. En revanche, on ne doit pas déduire de l'exclusion des organismes privés le bannissement du contrat. Le principe ne vise pas, en effet, les moyens juridiques utilisés mais les entités associées. Dès lors, il joue de la même manière que l'acte de délégation soit unilatéral ou conventionnel. L'exclusion des personnes privées interdit

¹⁶⁹ D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 190.

¹⁷⁰ V. au sujet du fondement de la prohibition en matière d'urbanisme, É. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), pp. 65-66.

¹⁷¹ CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.*, p. 595. Et plus récemment, CE, Avis, Sect. de l'intérieur, 7 oct. 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, *GACE*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1997, p. 245 ; CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, *Rec.*, p. 175 ; CE Ass., 9 oct. 1996, *Mme Wajs et Monnier*, *Rec.*, p. 387.

¹⁷² V. déjà auparavant, CE, 18 déc. 1936, *Sieur Prade*, *Rec.*, p. 1124.

toutes les formes d'habilitation et pas seulement celles qui sont de nature contractuelle. Par ailleurs, envisagée sous cet angle, cette interdiction n'empêche pas la signature de contrats entre personnes publiques. Ainsi, considérer que la nature d'une mission chasse les personnes privées ne revient assurément pas à affirmer une interdiction de contracter.

440. Pour l'ensemble de ces raisons, il conviendrait d'abandonner toute idée d'immanence. Il n'y a pas, d'un point de vue positiviste, de matière qui serait intrinsèquement allergique au contrat. Cela explique notamment qu'il soit difficile de délimiter les activités ne pouvant être déléguées par nature¹⁷³. Bien qu'assez consensuelle, la liste dressée par la doctrine peut sembler arbitraire. En admettant l'existence de matières qui, par leur seule nature, chasseraient le contrat, il est possible de faire primer des considérations idéologiques. Un dessein légitime sous-tend cette présentation à laquelle il est possible de substituer une approche, à la fois plus simple et plus acceptable, focalisée sur les pouvoirs reconnus aux autorités.

b) La confirmation du motif tenant aux pouvoirs

441. Concrètement, les prohibitions contractuelles tiennent toujours, de près ou de loin, au pouvoir unilatéral détenu par une autorité administrative. Il faut donc se reporter au droit positif pour pénétrer ce principe. En dépit du consensus doctrinal sur ce point, les auteurs exposent diversement l'état du droit en le scindant en deux ou trois sortes de conséquences (1°). Au risque de simplifier les différentes situations, on peut choisir de réunir les multiples hypothèses autour de la méconnaissance d'un pouvoir de décision unilatérale (2°). Cela permettra ensuite de rendre compte, avec plus de facilité, de l'inopérance de ce motif s'agissant des conventions d'administration.

1° Les conséquences sur le pouvoir de décision unilatérale

442. La signature d'un contrat peut affecter les pouvoirs de l'administration de diverses manières. La plus évidente consiste en la délégation d'une compétence, laquelle impliquerait ici la possibilité d'édicter des actes unilatéraux décisifs. Cependant, d'autres hypothèses plus ou moins sophistiquées sont envisageables. Se référant

¹⁷³ Th. DAL FARRA, note sous l'avis CE, Avis, Sect. de l'intérieur, 7 oct. 1986, *Champ d'application et financement de la gestion déléguée*, GACE, Dalloz, 1^{ère} éd., 1997, p. 249.

souvent aux travaux de M. Moreau¹⁷⁴, la plupart des auteurs classent ainsi en trois catégories les conséquences de la signature d'un contrat sur le pouvoir de décision de l'administration¹⁷⁵. Aujourd'hui encore cette trilogie peut servir à décrire l'état du droit. Il est même possible de l'étendre à d'autres matières que la seule police administrative.

443. Le motif de l'interdiction contractuelle se traduit d'abord par une impossibilité de déléguer l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale. Cette règle vaut concernant les personnes privées mais peut aussi jouer entre personnes publiques¹⁷⁶. Malgré la constance de cette motivation théorique, les illustrations jurisprudentielles demeurent assez peu fournies¹⁷⁷. Cela peut s'expliquer très simplement par le fait que l'administration n'est sans doute pas encline à se déposséder de ses compétences. En conséquence, peu de litiges se nouent sur une telle hypothèse et le juge n'a pas souvent l'occasion de réaffirmer l'interdiction contractuelle pour ce motif.

444. Ensuite, c'est parfois l'interdiction de s'engager sur l'exercice du pouvoir de décision qui est visée. Cette hypothèse se dédouble puisqu'elle suppose qu'une autorité ne peut ni s'engager à mettre en œuvre sa compétence ni renoncer à édicter un acte¹⁷⁸. Il s'agit, en fait, des deux facettes d'une même prescription : l'administration doit rester libre d'utiliser ses pouvoirs de police¹⁷⁹. D'un côté, elle ne peut valablement conclure un contrat dont l'une des clauses la contraindrait à régler dans une situation donnée. C'est ce que M. Moreau a nommé un « pacte sur décision future »¹⁸⁰. De l'autre, elle ne saurait s'obliger à ne pas faire usage de ses pouvoirs de police¹⁸¹, comme d'autres prérogatives décisionnelles. Cela suggère une sorte de *pacte sur l'absence de décision future*. Hormis un jugement isolé et peu significa-

¹⁷⁴ V. not., J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 3.

¹⁷⁵ V. not., J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, pp. 347-349.

¹⁷⁶ CE, 7 nov. 1980, *Commune de Falicon et ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c/ Bana*, Rec., tab., p. 629.

¹⁷⁷ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 219-222.

¹⁷⁸ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 234 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 225-228.

¹⁷⁹ M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 29 juin 1906, *Carteron, S.*, 1907, III, p. 98.

¹⁸⁰ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, pp. 9-10.

¹⁸¹ CE, 5 nov. 1943, *Leneveu*, Rec., p. 243.

tif¹⁸², la jurisprudence est invariable sur cet aspect. Un rapporteur public a ainsi rappelé qu'une autorité étatique ne peut renoncer à exercer ses compétences pour assurer la détection, la conservation et la sauvegarde du patrimoine archéologique¹⁸³.

445. Enfin, l'interdiction peut traduire l'impossibilité de partager l'exercice du pouvoir de décision unilatérale. Une telle situation résulte de l'attribution d'une compétence au profit d'une seule autorité. Cette dernière bénéficie d'un monopole insusceptible d'être partagé en subordonnant la décision à l'accord d'un tiers. Plus radicalement, un auteur estime même qu'aucune négociation n'est envisageable lorsqu'une autorité est compétente pour imposer un comportement à des destinataires¹⁸⁴. Ce troisième motif n'est pas toujours mentionné par la doctrine. En ce sens, M. Auby écrit : « il y a deux choses que l'administration doit s'interdire de faire contractuellement [...] de ses compétences de police : *les aliéner*, les confier à des tiers, *et se lier dans leur exercice*, s'engager à en user ou à ne pas en user d'une manière ou d'une autre »¹⁸⁵. En vérité, cette présentation binaire comporte bien l'hypothèse d'une compétence partagée. Mais l'auteur la joint avec les aliénations contractuelles puisque diviser une compétence revient à en céder une portion. Aussi la trilogie traditionnelle, et ce malgré sa rigueur, n'apparaît-elle pas toujours convaincante. On pourrait par exemple faire l'économie de ce dernier cas. Au surplus, il n'est pas toujours nécessaire de procéder à ces distinctions pour rendre compte de la cohérence de l'action administrative. Postuler que l'interdiction contractuelle garantit toujours un pouvoir de décision unilatérale suffit, en définitive pour apprécier la spécificité des conventions d'administration.

2° La méconnaissance d'un pouvoir de décision unilatérale

446. D'emblée, il convient de dissiper une ambiguïté probable tenant aux concepts de compétence et de pouvoir. Ainsi que le souligne M. Richer, le contrat doit « respecter les limites intangibles qui protègent l'exercice du pouvoir de décision unilatérale :

¹⁸² TA Amiens, 26 juin 1984, *Société d'exploitation « parc de stationnement de la gare routière » c/ ville d'Amiens*, JCP G, 1986, II, 20551, note E. Rosenfeld : « la ville a omis de mettre en œuvre la nouvelle politique de circulation et de stationnement qu'elle s'était engagée à appliquer aux environs du parc affermé ».

¹⁸³ B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, BJCP, 2009, p. 401.

¹⁸⁴ V. not., R. PEYLET, « Un marché de nouveaux biens meubles, les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RJEP*, 2005 (n° 621), p. 218.

¹⁸⁵ J.-B. AUBY, note sous l'arrêt CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, RDP, 1994, p. 1827 (nous soulignons). V. surtout, D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 218-238.

quand un texte donne compétence pour agir par cette voie, il n'y a pas de place pour le contrat »¹⁸⁶. De même, l'ancien Vice-président du Conseil d'État écrit : « ce qui est interdit aux autorités détentrices du pouvoir de police, c'est de tenter d'assurer l'ordre public par la voie du contrat. Elle ne peut qu'édicter des règlements et prendre des décisions unilatérales »¹⁸⁷. Enfin, en matière économique, Guy Braibant affirmait que les engagements pris par les autorités administratives sont illégaux « parce qu'ils affectent des pouvoirs discrétionnaires que l'administration n'a pas le droit de renoncer par avance à exercer, en liant elle-même sa compétence »¹⁸⁸. On le constate, les instruments conceptuels sont utilisés avec souplesse. Tantôt les auteurs rapprochent la prohibition contractuelle de la compétence d'une autorité administrative, tantôt ils évoquent ses pouvoirs. Ces variations ont une importance assez modeste dans la mesure où les pouvoirs constituent la matérialisation juridique des compétences. En somme, les premiers n'existent que pour l'exercice des secondes. Par conséquent, nier le pouvoir de décision unilatérale revient à nier la compétence de l'autorité. Cela justifie que les passages qui suivent renvoient aux pouvoirs dont dispose une autorité administrative, ce qui suppose aussi la détention d'une compétence.

447. *In fine*, les interdictions de contracter ont en commun la préservation des moyens dont dispose la puissance publique¹⁸⁹. Ainsi que l'énonce le Conseil d'État, la délégation ou l'exercice d'une compétence ne doit pas préjudicier à certains pouvoirs qui relèvent de l'autorité administrative¹⁹⁰. Et comme le résume M^{me} Pouyaud, « il est interdit à l'administration tant de céder ses compétences à des particuliers que de prendre des engagements concernant leur exercice »¹⁹¹. Il ne suffit plus pour le juge d'envisager la matière visée par l'acte, il doit se prononcer sur les pouvoirs conférés à une personne privée. Ainsi l'analyse juridique s'est-elle affinée, elle est désormais fo-

¹⁸⁶ L. RICHER, « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 35 (nous soulignons).

¹⁸⁷ R. DENOIX DE SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 971 (nous soulignons). V. aussi, Ch.-L. VIER, note sous l'arrêt CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *AJDA*, 1973, p. 327 ; J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 231.

¹⁸⁸ G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 24 avr. 1964, *Société des Huileries de Chauny*, Rec., p. 250 (nous soulignons).

¹⁸⁹ V. à ce propos suivant une exposition quelque peu différente, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 223 : « les *res sacra* du droit administratif ont [...] pour fonction de préserver l'essence même de la personnalité juridique de droit public ».

¹⁹⁰ CE, Avis, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, Rec., p. 282.

¹⁹¹ D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 1998, p. 13.

calisée sur les implications de certaines missions¹⁹². Moins globale, elle doit dorénavant prendre en compte les effets engendrés par chaque procédé juridique. Il appartient au juge de faire le départ entre les activités susceptibles d'être l'objet d'un contrat et celles qui ne le sont pas. Par conséquent, il devient très difficile de chercher à systématiser les solutions en se bornant à la nature d'une mission.

448. Ces développements proposent ainsi une lecture téléologique des objets proscrits. Une remarque s'impose alors : l'interdiction est moins celle d'un procédé juridique que des effets produits par un acte¹⁹³. En d'autres termes, il s'agit d'une affaire de fins et non de moyens. Voilà pourquoi une action unilatérale déployant des effets identiques connaîtrait le même sort que celui réservé aux conventions¹⁹⁴.

D'ailleurs, les premières jurisprudences portant sur cette question n'étaient pas toujours relatives à des contrats. Il arrivait ainsi que des actions unilatérales méconnaissent le pouvoir de décision de l'administration. La problématique était bien posée en ces termes dans la décision *Commune de la Bassée*¹⁹⁵. Et surtout, le Conseil d'État a déjà prononcé l'irrégularité d'un décret conduisant aux effets aujourd'hui dénoncés de certains contrats¹⁹⁶. Plus récemment, le juge administratif a encore rappelé, lors d'un litige portant sur une police administrative spéciale, que le procédé retenu par l'administration est indifférent. Il a considéré en effet que « s'agissant de la détection, de la conservation, de la sauvegarde du patrimoine archéologique ainsi que du contrôle et de l'évaluation d'opérations d'archéologie préventive, [... l'État] ne peut pas [...], y compris par voie contractuelle, prévoir leur financement total ou partiel par des personnes publiques ou privées »¹⁹⁷. Cette incise suppose bien que l'interdiction est indépendante du moyen juridique utilisé, elle vaut pour les actes conventionnels ou unilatéraux. En somme, si la doctrine présente cette interdiction comme relative à l'acte conventionnel, c'est notamment parce que celui-ci est propice à engendrer de tels ef-

¹⁹² V. sur la police administrative, É. PICARD, *La notion de police administrative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 146, 1984, t. 2, p. 756 ; v. en matière d'urbanisme, É. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), p. 66 ; et, plus généralement, Y. GAUDEMÉT, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, pp. 617-618.

¹⁹³ V. en ce sens, J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 123 ; E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, spéc. p. 772.

¹⁹⁴ Cl. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 113, 1974, p. 253.

¹⁹⁵ CE, 24 déc. 1909, *Commune de la Bassée*, *Rec.*, p. 1023.

¹⁹⁶ CE, 10 déc. 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, *Rec.*, p. 675.

¹⁹⁷ CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, *BJCP*, 2009, p. 403.

fets¹⁹⁸. Et surtout parce que l'administration y recourt plus souvent qu'hier. Mais, en toute rigueur, le contrat ne subit pas une prohibition différente de celle qui pourrait affecter une décision.

449. Le précédent constat peut être relié au concept d'incompétence négative. Par cette expression, on vise le fait que « l'administration n'a pas toujours la possibilité de choisir entre la voie contractuelle et celle de l'action unilatérale »¹⁹⁹. Dans cette optique, les prohibitions contractuelles rejoignent l'idée – jadis exprimée par Jean Rivero de manière un peu excessive – selon laquelle l'action administrative est parfois enserrée dans des bornes spécifiques : « c'est, à côté de la puissance publique, la servitude publique »²⁰⁰. L'administration n'est ainsi pas toujours libre de choisir son procédé d'action²⁰¹. Et même dans l'hypothèse où elle peut contracter, elle ne se dépouille pas de ses prérogatives unilatérales comme en témoigne la théorie du fait du prince²⁰². Mais au-delà des moyens prescrits, l'incompétence négative suppose aussi l'impossibilité pour l'administration de nier sa compétence par le contenu de l'acte édicté. En d'autres termes, tout en respectant l'obligation d'agir par voie unilatérale, une autorité publique ne pourrait méconnaître l'étendue de sa compétence en renvoyant, par exemple, telle ou telle question à la conclusion d'une convention. Dans cette mesure les prohibitions contractuelles traduisent, en définitive, le concept d'incompétence négative.

450. Les conclusions auxquelles aboutit cette étude peuvent apparaître trop larges. Rapportées au pouvoir de décision unilatérale, on peut néanmoins estimer que toutes les interdictions de contracter se valent. Cela suggérerait une relativisation, voire une banalisation, de certaines prohibitions portant sur des matières plus sensibles que d'autres. Il n'empêche que, au-delà de cette assimilation, chaque hypothèse conserve des caractères bien particuliers dont on ne peut négliger l'existence. En fait,

¹⁹⁸ En particulier, parce qu'il a vocation à créer des droits acquis au profit du cocontractant (R. DENOIX DE SAINT MARC, concl. sur l'arrêt CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *AJDA*, 1979, p. 39). Cependant, cela n'est pas l'apanage des seuls actes conventionnels. Certains actes unilatéraux peuvent aussi conduire à de telles situations. Cette observation corrobore l'idée que le moyen compte moins que les effets.

¹⁹⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 500.

²⁰⁰ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 287.

²⁰¹ V. not., G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, pp. 236-237 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 218 et s.

²⁰² V. part., J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 29 déc. 1905, *Sieur Bardy c/ Ville de Bergerac*, *Rec.*, p. 1019 ; J. TARDIEU, concl. sur l'arrêt CE, 6 déc. 1907, *Compagnie du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Ouest*, *Rec.*, p. 919.

le principal intérêt de cette mise en valeur est ailleurs : elle facilite la distinction entre les objets autorisés pour les contrats et ceux sur lesquels peuvent porter les conventions d'administration.

§2. Un motif inopérant contre les conventions d'administration

451. Le motif justifiant *in fine* les interdictions contractuelles ne vaut pas pour les conventions d'administration. Voilà pourquoi ces procédés échappent logiquement au principe qui empêche la conclusion de contrats sur certains objets. Dès lors, ils sont conclus hors des limites contractuelles (a). Pour autant, cela ne revient pas automatiquement à dire que les conventions d'administration ne rencontrent aucune limite s'agissant de leurs objets. Une telle déduction serait quelque peu rapide et négligerait certaines exigences impliquées par la jurisprudence (b).

a) Des actes conclus hors des limites contractuelles

452. Le phénomène de contractualisation est parfois analysé comme un facteur d'affaiblissement de la prohibition contractuelle. Représentatif d'une partie du discours doctrinal, un auteur estime en ce sens que « l'incursion progressive et continue du partenariat et de la contractualisation comme modes de gestion administrative des questions de sécurité a largement éraillé l'incompatibilité de principe entre police et contrat »²⁰³. En témoignerait, selon d'autres études, le contrat local de sécurité, qui devrait « être apprécié comme un véritable contrat administratif, d'où résulte un renforcement des pouvoirs du maire »²⁰⁴. Dès lors, parce qu'elle admet la nature contractuelle de ces actes, une frange de la doctrine en déduit fort logiquement que leur signature altère ladite prohibition.

À l'inverse, des doutes ont été émis sur la nature contractuelle de ces actes²⁰⁵. Moins hésitant, M. Petit estime même qu'il « est hautement probable que les contrats locaux de sécurité ne sont pas des contrats, leur contenu, constatation et programmation, paraissant exclusif de toute obligation juridique »²⁰⁶. Une pareille conclusion de-

²⁰³ L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 172.

²⁰⁴ V. LEWANDOWSKI, « Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *DA*, 2002, chron. 2, p. 13.

²⁰⁵ Ch. MAUGÜÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 38.

²⁰⁶ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Économica, 2003, p. 360.

vrait raisonnablement avoir pour conséquence de chasser l'interdiction qui n'intéresse que les seuls contrats. Il arrive toutefois que l'impossibilité contractuelle soit entendue largement par le juge. Ainsi, un rapporteur public fait application, dans ses conclusions sur un arrêt *Ville de Toulouse*, d'un principe d'« interdiction de *contractualiser* des mesures de police »²⁰⁷. Ce faisant, il ne semble pas limiter cette règle aux actes qui seraient véritablement contractuels. En suivant scrupuleusement ses termes, des conventions d'un autre genre pourraient, elles aussi, être frappées d'une prohibition. Alors, le phénomène de contractualisation ne suggérerait pas, de manière systématique, un affaiblissement de l'impossibilité pour l'administration de conclure des actes sur certains objets.

453. Ces opinions illustrent les ambiguïtés qui perdurent encore sur la transposition de la prohibition contractuelle aux conventions d'administration. D'un côté, l'existence de procédés conventionnels dont l'objet est traditionnellement interdit au contrat est perçue comme une dérogation. De l'autre, ce phénomène se voit soumis aux mêmes interdictions. Contradictoires, de telles conclusions s'avèrent souvent erronées car les techniques employées sont très exceptionnellement de nature contractuelle. Dans la plupart des hypothèses, il s'agit de simples conventions d'administration qui n'ont pas vocation à créer des droits et obligations pour les parties. Le caractère directif de leurs stipulations ne menace guère les prérogatives de l'administration. Comme le soulignent certains auteurs, l'interdiction de contracter en certaines matières peut conduire, à défaut, à la conclusion d'actes conventionnels « informels »²⁰⁸.

454. Pour preuve – s'agissant toujours des contrats locaux de sécurité – il est révélateur que les études s'interrogent peu sur la compatibilité entre cette technique et la police administrative²⁰⁹. Cela est impliqué par les effets mineurs produits par leurs stipulations. En ce sens, un membre du Conseil d'État souligne qu'il « n'y a pas délégation du pouvoir de police, mais développement de synergies pour créer des actions en commun : il s'agit de définir des actions ciblées communes et non de dessaisir tel ou tel acteur de missions de police pour les confier à d'autres acteurs »²¹⁰. Voilà pour-

²⁰⁷ B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, *BJCP*, 2009, p. 400 (nous soulignons).

²⁰⁸ E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 110.

²⁰⁹ V. not., B. HAGELSTEEN, « Contrat local de sécurité nouvelle génération : la prévention de la délinquance à l'épreuve des réalités », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 25.

²¹⁰ Ch. MAUGÜÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 38. V. aussi, E. AUBIN, « Les contrats relatifs à la vidéosurveil-

quoi, laissant intacte la compétence des autorités de police²¹¹, ces actes ne se heurtent pas à la prohibition contractuelle²¹². De ce point de vue, ils sont susceptibles d'être comparés à des « contrats platoniques »²¹³. Ces qualifications ne peuvent guère être vérifiées en se reportant à la jurisprudence administrative, puisque seuls de rares arrêts les mentionnent. Il convient alors de sonder les textes institutifs pour comprendre la teneur de ces actes.

En pratique, les clauses de ces actes ne comportent que des indicateurs chiffrés ou des directives à suivre. Comme le prévoit la circulaire du 28 octobre 1997, « les contrats doivent définir précisément : les priorités retenues avec pour chacune d'elles des objectifs clairement définis »²¹⁴. À titre d'illustration, le contrat local de sécurité applicable sur la commune de Lille énonce quatre engagements pour la collectivité : « sécuriser les espaces publics », « prévenir la délinquance des mineurs », « accompagner les populations fragilisées » et « adapter les réponses judiciaires »²¹⁵. Plus informel, le contrat intéressant la commune de Nice dresse une liste de dix-neuf objectifs²¹⁶. Au-delà des différences rédactionnelles, ces conventions n'emportent jamais de conséquence sur l'exercice du pouvoir décisionnaire des autorités administratives. Elles se bornent à orienter l'action des signataires, sans leur imposer d'adopter tel ou tel comportement sous peine d'encourir une sanction²¹⁷. Dès lors, on comprend qu'elles

lance », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 28 ; J.-J. GLEIZAL, « L'action des collectivités locales. Les politiques locales de sécurité », in J.-Y. Capul et Ph. Tronquoy (dir.), *Les collectivités locales en mutation*, La documentation française, coll. « Les cahiers français », n° 293, 1999, pp. 100-101 ; É. PICARD, « Rapport de synthèse », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, éd. CNFPT, colloque de Tours, 27 et 28 janv. 1999, pp. 286-287 ; v. égal., É. CHALUMEAU, « Les contrats locaux de sécurité », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, éd. CNFPT, colloque de Tours, 27 et 28 janv. 1999, p. 171 et s.

²¹¹ V. TCHEN, « Police administrative. Théorie générale », *J.-Cl. adm.*, 2007, fasc. 200, n° 108.

²¹² J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, *Économica*, 2003, p. 360.

²¹³ J. MOREAU, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, p. 747.

²¹⁴ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757, spéc. §II.

²¹⁵ Contrat local de sécurité signé le 7 nov. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.mairie-lille.fr).

²¹⁶ Contrat local de sécurité signé le 17 juill. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.nice.fr).

²¹⁷ C'est pourquoi il convient de faire une distinction entre les conventions d'administration et les « conventions de police » proposées par M. Picard. Ces dernières se situent en quelque sorte à la croisée des chemins entre les règlements de police, les contrats et les conventions d'administration. Comme l'écrit cet auteur : la notion de convention de police « doit [...] concilier, d'un côté, la part conventionnelle irrécusable de ces procédures et, d'un autre, toutes les exigences de la fonction de police que le Conseil d'État a voulu sauvegarder en croyant devoir nier cet élément conventionnel » (É. PICARD, *La notion de police administrative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 146, 1984, t. 2, p. 760).

puissent être conclues hors des limites contractuelles, comme le seraient d'autres conventions qui ne revêtraient pas cependant la même valeur de paradigme.

Ainsi la jurisprudence pourrait-elle admettre la possibilité de convenir au sujet d'une police spéciale, dès lors que cela n'aboutit jamais à engager le pouvoir de décision de l'autorité administrative²¹⁸. Au sujet de la conduite des relations internationales, c'est bien ce que M. Daël admet implicitement pour les contrats de plan²¹⁹. Une même faculté pourrait aussi être reconnue pour pallier les impossibilités tenant aux divers statuts définis unilatéralement. Quoiqu'il soit difficile de percevoir dans les pratiques actuelles des conventions d'administration, elles fourniraient ici un utile complément de gestion. Certes, la fonction publique connaît déjà des procédures de négociation, assez proches de la conclusion de conventions, comme l'illustrent les protocoles d'accord. Mais il n'est pas évident que ces instruments remplissent le critère de réciprocité²²⁰. Ils semblent plutôt s'inscrire dans le cadre de l'élaboration d'un acte unilatéral, qui sera ou non édicté par une autorité administrative. Leur contenu se distingue des actes conventionnels, bien que la jurisprudence ne permette pas vraiment de le vérifier puisque le juge se limite à leur dénier tout effet juridique²²¹. Il n'empêche que la signature de conventions d'administration reste plausible dans ce domaine, ce qui n'est pas le cas d'autres prohibitions. S'agissant notamment de l'organisation du service public, des contrats dont les clauses ont des effets réglementaires sont déjà conclus. Par conséquent, le besoin de passer d'autres actes conventionnels ne paraît pas évident.

455. Si des conventions d'administration peuvent théoriquement être conclues en dehors des limites assignées aux contrats, cette faculté est utilisée avec parcimonie. Il convient cependant de relever que les conventions d'administration ne sont pas dépourvues d'intérêts pour autant. Dans certains domaines, leur perpétuation est

²¹⁸ V. impl., P.-A. JEANNENEY, concl. sur l'arrêt CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, RFD A, 1985, p. 365. V aussi, F. MODERNE, note sous l'arrêt CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, GP, 1973, I, p. 380.

²¹⁹ S. DAËL, concl. sur l'arrêt CE Ass., 8 janv. 1988, *Min. chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, RFD A, 1988, pp. 28-29.

²²⁰ V. *supra*, n° 88 et s.

²²¹ CE, 27 oct. 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation*, Rec., tab., p. 766. De même, CE, 29 mai 1987, *Union nationale pour l'expertise comptable*, Rec., tab., p. 869 ; CE, 1^{er} févr. 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, RFD A, 1999, p. 221, note C. Moniolle ; CE, 16 févr. 2001, *Association régionale de défense des intérêts professionnels de l'officine*, req. n° 215851 ; CE, 6 mars 2002, *Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privés*, req. n° 228611 ; CAA Douai, 23 sept. 2003, *M. Claude X.*, req. n° 01DA00728.

d'ailleurs un gage de leur efficacité. Utiles politiquement, elles assurent surtout une importante fonction substitutive au regard de l'objet de l'acte : alors que les contrats sont frappés d'un certain nombre d'interdictions, tel n'est pas le cas des conventions d'administration. Pour cette raison, tout en introduisant le procédé conventionnel dans des domaines où il était autrefois proscrit, elles constituent une technique opérante de préservation de la prohibition contractuelle même. Cette dernière n'est pas affectée par ces pratiques. Il s'agit bien d'insuffler une *dose de conventionnel* dans l'action administrative sans ignorer la présence d'une interdiction de contracter. Cette observation serait incomplète si n'étaient évoquées les limites qui enserrent spécifiquement la conclusion de conventions d'administration.

b) Des actes conclus dans des limites essentielles

456. Affirmer que les conventions d'administration ne subissent pas les limites objectives réservées aux contrats ne revient pas à postuler que leur conclusion ne soit jamais circonscrite. D'une part, il appartient éventuellement au législateur de prévoir un certain nombre d'interdictions. Pour ce faire, il dispose d'une importante marge de manœuvre puisque des dispositions peuvent être édictées selon l'opportunité qu'elles présentent. C'est là un corollaire de sa faculté de permettre la conclusion de conventions d'administration. En l'état du droit, il n'est guère possible d'illustrer ce propos mais cela ne pose pas de difficulté dans la mesure où aucune règle constitutionnelle ne paraît s'y opposer.

457. D'autre part, la jurisprudence administrative relative aux actes unilatéraux non décisifs fournit des indications utiles sur le traitement que le juge pourrait réserver aux conventions d'administration afin d'en circonscire l'usage. Deux décisions peuvent, en particulier, être mentionnées pour envisager les évolutions probables des choix jurisprudentiels. Cela invite à raisonner par analogie.

Par un arrêt *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, le Conseil d'État a jugé que les indications contenues dans un projet de création d'autorisations d'exploitation de taxis « n'ont pu avoir ni pour objet ni pour effet de limiter le pouvoir dont le préfet de police dispose pour réglementer le nombre de taxis dans sa zone de compétence »²²². Bien que portant sur un acte unilatéral, ce litige présente un intérêt pour les conventions d'administration du fait du caractère directif des dispositions en cause. Il y est précisé que la possibilité d'orienter l'action d'une autorité de

²²² CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, *Rec.*, p. 278.

police administrative ne peut conduire à lier son pouvoir de décision. On retrouve là, appliqué à un acte directif, une manifestation de la prohibition contractuelle. Toutefois, la méconnaissance de cette règle supposerait que les parties aient introduit des clauses impératives. En d'autres termes, elles auraient dissimulé sous les traits d'une convention d'administration de véritables obligations. Dans la mesure où il ne s'agit plus de stipulations comportant de simples objectifs, cette interdiction ne s'analyse donc pas comme une limite susceptible d'encadrer la conclusion de conventions d'administration.

Au contraire, l'arrêt *Département du Gers*²²³, rendu par le Conseil d'État le 30 décembre 2009, confirme l'existence de limites fondamentales à la signature d'une convention d'administration. Malgré les libertés laissées aux acteurs, il n'est pas possible de convenir sur tout objet. L'exigence d'un intérêt public doit, en effet, être respectée même s'agissant d'un acte ne comportant que des stipulations directives. Il est important de souligner que l'intervention d'une personne publique doit respecter ce principe essentiel d'action²²⁴. À défaut, les parties pourraient viser des objets qui n'intéressent pas les affaires publiques. Cela serait au mieux inopportun, au pire irrégulier. Par le truchement de la finalité de l'action administrative, on peut ainsi considérer que même les conventions d'administration ne sauraient être passées sur n'importe quel objet. De la même manière que le Conseil d'État l'a fait s'agissant d'un acte unilatéral en affirmant qu'il « est loisible aux conseils généraux de prendre des délibérations qui se bornent à des vœux, des prises de positions ou des déclarations d'intention ; que de telles délibérations peuvent porter sur des objets à caractère politique et sur des objets qui relèvent de la compétence d'autres personnes publiques, *dès lors qu'ils présentent un intérêt départemental* »²²⁵.

458. À cet égard, deux remarques terminales doivent être formulées. Tout d'abord, il est vrai que cette jurisprudence s'appuie directement sur l'article L. 3211-1 du Code général des collectivités territoriales. Mais cela ne signifie pas que ce principe ne jouerait pas pour d'autres personnes publiques. Même en l'absence de texte, rien n'oblige à circonscrire l'action non-normative des collectivités en deça de l'intérêt général. Ensuite, l'arrêt *Département du Gers* traite les déclarations d'intention comme des manifestations pouvant intervenir en dehors des règles de compétence. Cela ne

²²³ CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers*, *Rec.*, tab., p. 638.

²²⁴ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 235.

²²⁵ CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers*, *Rec.*, tab., p. 638 (nous soulignons).

semble pas applicable aux conventions d'administration pour une raison simple. Dans la mesure où ces actes ont vocation à orienter l'action d'une autorité administrative, on conçoit difficilement qu'ils puissent s'affranchir de la répartition des compétences. À la différence des vœux, les stipulations de ces accords s'inscrivent le plus souvent dans un processus de préparation d'actes normatifs. La prudence est donc requise pour la transposition de cette jurisprudence administrative. En tout cas, aucun motif ne paraît exclure les conventions d'administration des exigences inhérentes à l'intérêt général pour pouvoir être conclues.

459. Conclusion de section. Quoiqu'indéniable, l'accroissement des objets pouvant faire l'objet d'une convention recouvre des réalités bien différentes des apparences qui l'entourent. Tandis que l'on pourrait y voir un affaiblissement des impossibilités objectives touchant les contrats, une autre évolution s'y révèle. Certes, ce phénomène trouve une justification dans une perception plus stricte de quelques prohibitions contractuelles. Et ce rétrécissement permet sans doute la conclusion de contrats dans des domaines autrefois impossibles. Mais il semble que le phénomène d'accroissement est d'abord tributaire d'un recours novateur aux conventions d'administration. De par leur nature, celles-ci ne sont pas soumises aux interdictions frappant les contrats. Elles peuvent donc légalement viser des objets plus étendus et diversifiés que ceux permis aux actes contractuels, même s'il s'agit plus aujourd'hui d'une virtualité. C'est là un élément tangible d'autonomie des conventions d'administration.

460. Plus généralement, ces modifications sont indissociables d'un contexte juridique. Ce dernier nécessite de redéfinir continuellement les interdictions en les ajustant à la conception que l'on se fait de l'État. Nul doute que parmi les différentes prohibitions contractuelles quelques-unes sont appelées à connaître des inflexions. Le législateur pourrait même décider la disparition de certaines d'entre-elles, au sein par exemple des prohibitions d'ordre statutaire. D'autres, liées à la matière, ne devraient pas, en revanche, subir de modifications profondes dans les prochaines années. En tout état de cause, les conventions d'administration sont des outils efficaces pour contribuer à la préservation de ces principes. Se substituant aux contrats, elles répondent au besoin de collaboration pour exercer une mission, sans jamais contrevenir aux pouvoirs dont disposent les autorités administratives. Cette fonction ressort particulièrement au stade du traitement des objets irréguliers.

Section 2 : Le traitement des objets irréguliers

461. L'éventail de pouvoirs dont dispose le juge du contrat a connu de notables évolutions afin d'adapter ses décisions à la diversité des litiges²²⁶. Ces modifications tiennent d'abord à un changement de conception de son rôle. Elles se manifestent par le passage d'un contrôle focalisé sur l'acte contractuel – et influencé par le contrôle objectif de légalité – à un contrôle faisant primer les engagements subjectifs et privilégiant le maintien de l'acte²²⁷. Par conséquent, le juge est plus impliqué dans la relation conventionnelle. Malgré tout, les objets irréguliers ne lui laissent pas forcément la possibilité de moduler l'intensité du traitement appliqué. Par principe, cette illégalité entraîne, en effet, l'annulation de l'acte, mais le juge adopte parfois une autre solution qui procède de la requalification de la convention. Ce traitement présente un intérêt tout particulier dans le cadre de cette étude, car il révèle une manifestation de la fonction substitutive des conventions d'administration.

462. Pour traiter les objets irréguliers, les conventions d'administration complètent ainsi les outils du juge. Il faut cerner la nature de ces derniers pour mieux mesurer l'intérêt que représentent ces actes conventionnels. Prendre la juste mesure de l'état du droit impose donc de mettre en perspective les sanctions traditionnelles. Ainsi la requalification par les conventions d'administration a-t-elle vocation à demeurer une faculté secondaire pour le juge, et ce alors même qu'elle intervient en premier dans son analyse (Sous-section 2). L'annulation de la convention reste le traitement principal appliqué à une irrégularité touchant l'objet (Sous-section 1).

Sous-section 1 : L'annulation de la convention

463. Parce que l'objet figure parmi les conditions de légalité de l'acte, la sanction « normale »²²⁸, « logique »²²⁹, qu'encourt un contrat portant sur un objet irrégulier

²²⁶ V. sur cette évolution, J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009.

²²⁷ J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, note sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RJE, 2010, comm. 30.

²²⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 571 ; J. PETIT, « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 21 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 195.

²²⁹ J. PETIT, « Nouvelle antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Économica, 2003, p. 349.

lier est la nullité. Cette solution traditionnelle²³⁰ mérite d'être rappelée dans cette étude, même si elle ne concerne qu'indirectement les conventions d'administration. En effet, s'il peut arriver qu'un tel accord soit annulé, il faut au préalable que des stipulations impératives y soient identifiées. Or, en cette hypothèse, on change de perspective : tandis que les parties présentent l'acte comme une convention d'administration, le juge y discerne des énoncés caractéristiques des contrats. Dès lors, il y a eu méprise, ou pire dissimulation, de la part des auteurs. Sous ces réserves, l'annulation est susceptible de viser une convention d'administration.

464. Cette sanction doit nécessairement être envisagée pour deux raisons. D'une part, cela permettra de mieux comprendre ensuite l'intérêt de la requalification. D'autre part, lorsque l'objet de la convention est irrégulier, l'annulation constitue bien, en principe, la sanction que doit prononcer le juge administratif. Il s'agit, en quelque sorte, du « corollaire »²³¹ de l'interdiction qui affecte la conclusion d'un contrat. En fait, la gravité de l'irrégularité entachant l'acte conventionnel explique le traitement appliqué par le juge. Alors même que les outils juridictionnels dont il dispose sont plus complets et plus affûtés qu'auparavant, l'annulation demeure la seule sanction satisfaisante. Elle apporte une solution à la fois globable (§1) et radicale (§2) à l'erreur commise par les parties au regard du principe de légalité.

§1. Une sanction globale

465. Par principe, l'annulation vise l'acte dans son intégralité, car la gravité du vice qui l'entache est réputée corrompre l'ensemble des clauses et menacer l'économie générale de la convention. Autant dire que l'immense majorité des contentieux relatifs à un contrat conclu sur un objet prohibé se résout par une annulation globale. Cette solution est nécessaire (b) mais elle ne saurait exclure la possibilité, même purement théorique, d'annuler l'unique clause dont les effets contreviendraient à l'interdiction de contracter (a).

a) La possible annulation d'une clause

466. Malgré l'importance de l'irrégularité tenant à l'objet, il est techniquement possible pour le juge d'annuler une seule clause de l'acte. Les modalités de ce choix

²³⁰ V. de manière générale, G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP*, 1913, p. 295 et s.

²³¹ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 13.

sont élémentaires ainsi que le rappelle le rapporteur public sur l'affaire *Commune de Béziers*. Selon ses termes, « si une seule clause est illicite, il appartiendra naturellement au juge d'apprécier si elle est divisible du reste du contrat, auquel cas, il pourra l'annuler seule ; si elle ne l'est pas, il devra annuler l'ensemble du contrat »²³². En pratique, une pareille opération requiert néanmoins bien des conditions. Et si son intérêt est grand, elle connaît des difficultés s'agissant d'une irrégularité tirée de l'objet de la convention.

467. Isoler la clause irrégulière présente l'intérêt pour le juge administratif de trouver un équilibre, toujours subtil, entre la nature de l'illégalité constatée et l'objectif de stabilité des relations conventionnelles²³³. Par conséquent, cette technique doit être encouragée à chaque fois qu'elle peut être mise en œuvre. Encore inusitée concernant les contrats portant sur un objet prohibé, elle est éventuellement appelée à se développer.

Au moins deux circonstances invitent le juge à faire évoluer ses décisions en ce sens. D'une part, cette faculté s'inscrit parfaitement dans la philosophie contemporaine qui prône la stabilité des relations contractuelles. En vidant l'acte de sa clause irrégulière, on satisfait ainsi aux règles qui dominent sa conclusion. Mais surtout, on offre aux parties la possibilité de poursuivre les relations juridiques qu'elles entretenaient. D'autre part, le juge a l'obligation de se prononcer sur la divisibilité de l'acte dans l'hypothèse d'une irrégularité pouvant emporter son annulation. Quelques arrêts font application de cette règle procédurale et le Conseil d'État l'a rappelée en des termes univoques : « lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, *le cas échéant d'office*, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat »²³⁴. Dès lors, toute annulation d'une convention pour un tel vice suppose la vérification préalable de l'indivisibilité de l'acte. Pourtant, en pratique, cette garantie n'a pas pour effet d'éviter que soient résolues les conventions dans leur intégralité. Ce constat dénote vraisemblablement des difficultés qui entourent la possibilité d'annuler les seules clauses irrégulières.

468. Une première difficulté réside dans la méthode du juge. Rebelles à toute systématisation, les décisions jurisprudentielles tiennent compte des particularismes

²³² E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RFD A, 2010, p. 515.

²³³ V. part., CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

²³⁴ CE, 19 déc. 2007, *Société Sogepar-CGST-Compagnie générale de stationnement*, Rec., tab., p. 945 (nous soulignons).

propres à chaque convention. Comme l'explique M. Richer, « en pratique un contrat peut se trouver modifié par le juge puisque celui-ci n'hésite pas à déclarer nulle une seule clause dès lors que sa disparition n'altère pas sur un point essentiel l'économie de la convention »²³⁵. Cette approche objective s'est progressivement mêlée²³⁶ à une analyse plus subjective fondée sur l'importance de la clause pour les parties lors de la conclusion du contrat²³⁷. Une pareille mixité du raisonnement²³⁸ rend plus complexe sa mise en œuvre et plus incertaine son issue.

Au-delà de la méthode suivie, la difficulté de systématiser résulte aussi du fait que la vérification de la divisibilité s'opère souvent de manière implicite. Dans ce cas le juge ne mentionne pas dans l'arrêt les motifs justifiant l'indivisibilité de l'acte²³⁹. Il se borne, par exemple, à noter « l'indivisibilité de l'ensemble des stipulations »²⁴⁰. Cela rend assurément plus malaisé la connaissance des situations dans lesquelles une clause peut être divisée du reste de l'acte. Aussi le critère retenu pour faire le départ entre les clauses divisibles et celles qui ne peuvent l'être reste-t-il fuyant. S'il répond à la logique des relations conventionnelles, il empêche une compréhension globale des choix du juge. Pour cette raison, on ne peut guère s'assurer, par avance, de l'opportunité de diviser une clause de l'acte s'agissant d'une irrégularité relative à l'objet. À cette difficulté générale s'en ajoute une autre, spécifique celle-ci à l'illégalité envisagée ici.

469. La seconde difficulté tient à ce que la divisibilité ne semble pas appropriée à ce type d'illégalité. Celui-ci affecte l'acte de manière substantielle, cela paraît être une conséquence automatique pour une telle irrégularité. Il est rare, en effet, que les clauses ne respectant pas une prohibition contractuelle ne soient pas essentielles à l'économie générale du contrat. On le vérifie notamment pour les clauses déléguant des pouvoirs de police du stationnement sur la voie publique. Sans qu'il soit besoin d'étayer ce choix, le juge administratif considère à leur propos « qu'une telle mission, qui relève de la compétence de la police du maire définie par l'article L. 2212-2 du

²³⁵ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 199.

²³⁶ M. STAUB, *L'indivisibilité en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 197, 1999, pp. 451-458.

²³⁷ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 571.

²³⁸ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 351-356.

²³⁹ CE, 19 déc. 2007, *Société Sogeparv-CGST-Compagnie générale de stationnement*, *Rec.*, tab., p. 945 ; CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. n° 01LY02009.

²⁴⁰ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.*, p. 22.

Code général des collectivités territoriales, ne saurait être déléguée à une société de surveillance et de gardiennage ; que, par suite, le contrat du 4 juillet 1998, *qui était indivisible*, était entaché d'illégalité et ne pouvait qu'être annulé »²⁴¹.

Au demeurant, en souhaitant circonscrire les hypothèses d'annulation de l'acte conventionnel, la logique contemporaine suivie par le juge administratif incite à rendre plus sporadiques les anciennes nullités partielles. La politique jurisprudentielle risque certes d'avoir pour effet de limiter les cas d'annulation aux illégalités les plus graves, mais aussi d'entraîner à chaque fois l'annulation de l'acte dans son intégralité. En ce sens, il est possible qu'elle ne favorise pas l'utilisation de la divisibilité lorsque la condition de validité relative à l'objet est méconnue. Peut-être faut-il émettre ici une distinction entre les contrats et les conventions d'administration. Ces dernières ne produisent pas les mêmes conséquences et sont plus susceptibles de ne comporter qu'une clause irrégulière parmi des stipulations simplement directives. Dans cette hypothèse, la division de la clause viciée pourrait être souhaitable afin de préserver l'acte. D'ailleurs les règles de recevabilité de la demande corroborent cette opinion.

470. Techniquement possible, la divisibilité de l'acte apparaît rarement envisageable dans les faits. C'est pourquoi le principe demeure celui de l'annulation de la convention sans qu'il soit utile de distinguer les clauses.

b) Le principe d'annulation de l'acte

471. À l'aune des précédents développements, la méconnaissance d'une prohibition contractuelle devrait donc conduire le juge à annuler le contrat dans son ensemble. En définitive, s'il arrive que les conventions ne soient pas systématiquement annulées, cela résulte des contextes dans lesquels sont rendues les décisions jurisprudentielles. Les parties n'ayant pas toujours intérêt à voir leur relation stoppée, ils sont rarement, en effet, à l'origine d'un recours contentieux portant sur la régularité de l'acte. Aussi la saisine émane-t-elle la plupart du temps d'un tiers²⁴². Or leurs facultés sont longtemps demeurées assez faibles, réduites à attaquer les actes périphériques²⁴³. Cela a justifié pendant plusieurs décennies l'effectivité relative du principe d'annulation de l'acte conclu sur un objet prohibé, puisque le contrat demeurait valide

²⁴¹ CAA Marseille, 26 juin 2003, *Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, Rec., tab., p. 863 (nous soulignons).

²⁴² V. par ex., CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, Rec., p. 73.

²⁴³ Y. GAUDEMET, « Remarques sur les aspects récents du contentieux des contrats administratifs », in *Mélanges Daublon*, Defrénois, 2001, pp. 114-116.

en dépit de l'annulation d'un acte détachable²⁴⁴. Depuis lors, la jurisprudence a évolué sur les conséquences pouvant découler de l'annulation des actes périphériques. Et surtout, la recevabilité des déférés préfectoraux à l'encontre des contrats a permis de satisfaire les exigences inhérentes au principe de légalité²⁴⁵, lesquelles correspondent précisément aux irrégularités tenant à l'objet. Elle est d'autant plus efficace que ces recours peuvent viser les conventions soumises à une obligation de transmission²⁴⁶ ou même celles qui n'y sont pas sujettes²⁴⁷.

472. Pour illustrer ces propos, le Conseil d'État a estimé, par exemple, que des contrats de programme passés entre l'État et les filiales d'une société, sur l'exercice d'une police administrative spéciale et en lieu et place de décisions administratives, « sont nécessairement dépourvus de toute valeur juridique »²⁴⁸. Auparavant, il avait jugé qu'un contrat portant sur des situations soumises à un régime légal et réglementaire contenait des clauses « sans valeur juridique »²⁴⁹. De même, il s'est contenté de relever qu'une stipulation transférant l'exercice de droits de puissance publique était « entachée d'illegalité » afin d'annuler des dispositions réglementaires approuvant cette clause²⁵⁰. Enfin, s'agissant d'une mesure individuelle, fondée sur les clauses d'un contrat relatif à la situation d'un fonctionnaire, le Conseil d'État relève que « des accords de ce genre entre l'administration et ses agents [ne sont] susceptibles d'aucun effet juridique »²⁵¹. Ces différences de formulation sont justifiées par chaque contexte juridictionnel. Les recours pour excès de pouvoir étant dirigés contre les décisions périphériques à ces conventions, ils ne pouvaient viser la déclaration de nullité des contrats eux-mêmes.

²⁴⁴ J.-F. LAFIAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 148 et s.

²⁴⁵ V. par ex., TA Versailles, 17 janv. 1986, *Commissaire de la République du département de la Seine-et-Marne*, Rec., p. 303 ; CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, Rec., p. 175 ; CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, Rec., tab., p. 706.

²⁴⁶ CE Sect., 26 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie*, Rec., p. 302.

²⁴⁷ CE, 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, Rec., p. 801.

²⁴⁸ CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, Rec., p. 73 (nous soulignons). V. pour des hypothèses similaires, CE, 25 oct. 1929, *Portebois*, Rec., p. 930 ; CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, Rec., p. 25 ; CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français et autres*, Rec., p. 94. Et s'agissant d'une décision refusant l'application d'un protocole d'accord dans la fonction publique, celui-ci « est dépourvu de valeur juridique ou de force contraignante, dès lors que les fonctionnaires étant placés dans une situation légale et réglementaire [...] ne peuvent être régis par un accord collectif du travail » (CAA Douai, 23 sept. 2003, *M. Claude X.*, req. n° 01DA00728) (nous soulignons) ; v. aussi, CE, 21 sept. 1990, *Fabre*, Rec., tab., p. 857.

²⁴⁹ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec., p. 22.

²⁵⁰ CE, 30 sept. 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, Rec., p. 392 (nous soulignons).

²⁵¹ CE, 28 juill. 1943, *Giret*, Rec., p. 206 (nous soulignons).

C'est pourquoi la sanction de la conclusion d'un contrat sur un objet prohibé connaît une efficacité mesurée. La portée de ces décisions reste complexe et essentiellement livrée à la discrétion des parties et à l'intervention ultérieure du juge du contrat²⁵².

Au contraire, lorsque le juge administratif est saisi d'un déféré préfectoral, il lui est possible de prononcer l'annulation d'un contrat dont les effets méconnaissent un pouvoir de décision unilatérale²⁵³. L'ouverture de ce recours pour excès de pouvoir propre aux actes contractuels avait de quoi étonner. Par principe, ils étaient insusceptibles d'être annulés par ce juge. Aussi, le déféré préfectoral fut longtemps le principal garant de la régularité des actes conventionnels au regard de leur objet. Et il n'est pas sûr que les évolutions jurisprudentielles récentes incitent à un changement de l'état du droit.

473. Au-delà de l'adaptation des formules, la solution préconisée est toujours la même : il s'agit de l'annulation de l'acte dans son ensemble. En ce qu'elle permet d'assurer le respect des exigences relatives à la légalité de l'action administrative, cette jurisprudence est satisfaisante. Si elle demeure préjudiciable pour la sécurité des relations conventionnelles, la mise en équation des intérêts en présence explique le sort que doit réserver le juge administratif à ces conventions. Comme l'explique Jean-François Lafaix, « la nullité pourra [...] constituer une sanction adéquate chaque fois que l'existence du contrat est en elle-même néfaste ou que l'irrégularité qui l'entache lui retire une grande partie de sa valeur, du point de vue de l'intérêt général ou de l'intérêt d'une partie protégée »²⁵⁴. Le respect de la légalité administrative exige ainsi qu'une convention portant sur l'une des interdictions tenant à l'objet soit annulée par le juge.

§2. Une sanction radicale

474. La satisfaction du principe de légalité commande le prononcé de cette sanction radicale qu'est l'annulation de l'acte. Qualifier ainsi l'annulation d'un contrat se justifie à deux égards. D'une part, ses conditions de mise en œuvre réduisent considérablement les potentialités du contrôle juridictionnel, elles contraignent le juge

²⁵² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 321 et s.

²⁵³ CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, Rec., p. 175 ; CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, Rec., tab., p. 706 ; CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. n° 01LY02009.

²⁵⁴ J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 184.

dans son choix (a). D'autre part, cette sanction entraîne les plus graves conséquences pour le contrat (b).

a) Les conditions du prononcé de la sanction

475. Drastique, l'annulation l'est d'abord par le fait que son prononcé soit théoriquement inévitable. Il faut rappeler, à ce titre, que la saisine d'une juridiction est indispensable à défaut d'un accord entre les parties sur une résolution amiable²⁵⁵. Encore récemment, le concept de nullité commandait une autre interprétation, moins volontariste celle-ci. En témoignent les propos de M. Moreau : « même si les parties n'en contestent pas la validité, ces accords sont nuls et de nul effet »²⁵⁶. Cela suggérait que la nullité était « un état de l'acte et non une sanction de la violation de la légalité »²⁵⁷.

Dorénavant, le Conseil d'État substitue à cette perception passive des choses une approche plus réaliste tenant compte de l'intervention décisive du juge, auquel incombe le prononcé d'une sanction prévue par une norme²⁵⁸. Cette substitution revêt une valeur essentiellement symbolique dans la mesure où la pratique juridictionnelle dénotait déjà ce changement. En fait, au-delà des précautions prises par les déclarations de nullité, il s'agissait bien d'un énoncé performatif, lequel ne décrit pas une réalité mais constitue un événement modifiant l'état du droit. Tout juste peut-on dire que le juge assume désormais son rôle lorsque la validité d'une convention est contestée, et noter que sa place de médiateur des relations contractuelles s'en trouve affermie. Mais, en dépit de cette évolution, lorsque la régularité d'une convention est discutée et prend appui sur l'illégalité de son objet, le juge administratif n'a guère le choix²⁵⁹. Il doit examiner cette question et, dans l'hypothèse où l'acte ne serait pas ré-

²⁵⁵ Pour une brève exposition de la distinction entre l'annulation et la résolution, qui fait également intervenir le juge mais qui est traditionnellement liée à l'inexécution des obligations contractuelles, v. Y. GAUDEMET, « Remarques sur les aspects récents du contentieux des contrats administratifs », in *Mélanges Daublon*, Defrénois, 2001, pp. 119-120.

²⁵⁶ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 9.

²⁵⁷ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 196.

²⁵⁸ J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, pp. 49-68.

²⁵⁹ Et ce, en dépit de la volonté du juge de « ne déboucher sur l'annulation totale du contrat que dans des circonstances rares » (CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 268).

gulier, ne dispose pas d'une réelle marge d'appréciation quant à l'opportunité de la sanction à appliquer.

476. Dès lors qu'un contentieux est engagé, l'annulation de l'acte ne peut être évitée puisque le moyen tiré de l'irrégularité de l'objet est d'ordre public. Ainsi le juge administratif a-t-il l'obligation de le relever d'office si les parties ne l'ont pas invoqué. Souvent mentionné dans la jurisprudence, ce principe ne souffre aucune exception comme l'illustre remarquablement l'arrêt *Ville de Toulouse*²⁶⁰ concernant un contrat qui méconnaissait les pouvoirs d'une autorité de police spéciale. Il n'est pas nécessaire d'approfondir ce point dans le cadre de cette étude. Contraint au stade de l'examen de l'irrégularité, le juge administratif l'est également à celui du choix de la sanction à appliquer. M^{me} Pouyaud a résumé, de manière convaincante, l'attitude préconisée par le juge. Selon ses termes, « l'illicéité du contenu du contrat est un vice d'une particulière gravité [...], cette irrégularité est présumée entraîner l'annulation, ce qui dispense de s'interroger au cas par cas sur son degré de gravité »²⁶¹. Dès lors que l'illégalité de l'objet d'un contrat est identifiée par le juge, ce dernier ne peut guère s'écarter de l'annulation. Elle s'avère le plus souvent inévitable. Dans cette mesure, le travail juridictionnel paraît très encadré et l'appréciation du juge minorée.

477. À ce propos, il faut noter qu'une incertitude pèse sur l'invocation d'un motif d'intérêt général, qui en théorie pourrait permettre d'éviter l'annulation de l'acte. Selon la plupart des auteurs, cette garantie est susceptible de jouer dans cette hypothèse, de la même manière qu'elle valait naguère lorsque le juge n'avait qu'à constater la nullité²⁶². Ainsi, MM. Gourdou et Terneyre estiment qu'une pareille mesure est soumise à une double condition. Elle doit sanctionner « la présence de très graves illégalités » et trouve à s'appliquer seulement « si l'intérêt général qui s'attache à l'exécution du contrat peut s'en accommoder »²⁶³. La lecture de la décision *Commune de Béziers* conforte cette vue. Le Conseil d'État semble y mentionner la réserve de l'atteinte excessive à l'intérêt général pour les mesures de résiliation, comme pour

²⁶⁰ CE, 11 mai 2009, *Ville de Toulouse*, Rec., (à paraître).

²⁶¹ D. POUYAUD, note sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RFDJ, 2010, p. 524.

²⁶² CE, 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement*, Rec., p. 501.

²⁶³ J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, note sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RJEP, 2010, comm. 30. V. parmi d'autres auteurs, D. POUYAUD, note sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, RFDJ, 2010, p. 521.

celles d'annulation²⁶⁴. Il réitère ainsi les réserves déjà mentionnées dans la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*²⁶⁵.

Néanmoins, on peut douter de l'efficacité de ce tempérament s'agissant d'une irrégularité aussi grave que celle touchant à l'objet du contrat. En cette hypothèse, l'intérêt général ne risque-t-il pas d'être systématiquement du côté de la satisfaction du principe de légalité et donc de l'annulation de l'acte ? Si l'annulation est toujours préconisée c'est précisément qu'aucune autre sanction ne paraît envisageable. Par conséquent, faut-il vraiment ajouter cette condition, si ce n'est par pure formalisme ? On peut craindre que l'évitement de l'annulation par l'invocation d'une atteinte excessive à l'intérêt général reste inefficace. Rares sont les motifs de cet ordre pouvant justifier la poursuite de l'exécution des obligations contractuelles malgré la gravité de l'entorse faite à la légalité. Quoiqu'il en soit, cette observation corrobore l'idée selon laquelle cette sanction est radicale à tous égards. Elle l'est au stade de sa mise en œuvre, elle l'est plus encore quant à ses conséquences.

b) Les conséquences du prononcé de la sanction

478. À la différence de la résiliation, l'annulation emporte des effets dévastateurs pour l'acte en raison de son caractère rétroactif. Cela justifie la réticence des co-contractants, alors même qu'ils y auraient intérêt, à saisir le juge d'une demande en annulation du contrat²⁶⁶. Il est ainsi compréhensible que peu de contentieux se nouent devant les juridictions pour contester la régularité d'un contrat au regard de son objet. Le prononcé de cette sanction anéantit l'acte et n'ouvre, le cas échéant, qu'une faculté plutôt modeste d'indemnisation.

479. Premièrement, le juge administratif affirme de façon ordinaire qu'un contrat dont l'objet est illégal se trouve « *sans valeur juridique* »²⁶⁷ ou encore susceptible « *d'aucun effet juridique* »²⁶⁸. Par ces formules, il entend désigner le fait que la convention est réputée ne pas avoir été conclue. Cette jurisprudence n'appelle pas de développements particuliers. Comme le notent les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « l'anéantissement des effets du contrat n'est que l'application du principe général

²⁶⁴ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

²⁶⁵ CE Ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, Rec., p. 360.

²⁶⁶ J. PETIT, « Nouvelle antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 349.

²⁶⁷ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec., p. 22.

²⁶⁸ CE, 28 juill. 1943, *Giret*, Rec., p. 206 (nous soulignons).

selon lequel l'acte juridique nul est censé n'avoir jamais existé »²⁶⁹. Tout juste convient-il de souligner que cette analyse fait nécessairement référence à une fiction car, jusqu'à l'intervention du juge, l'acte était bien valide au sens kelsénien du terme. C'est sur cet aspect que l'annulation diffère de l'inexistence²⁷⁰. Dans la seconde hypothèse, certaines conditions de validité ne sont pas objectivement remplies. Dès lors, le contrat n'est pas réputé non conclu : il n'a pas été conclu.

En toute logique, il s'ensuit que l'annulation ne devrait jamais bénéficier d'un effet différé dans le temps. Cette possibilité serait réservée à la seule résiliation, laquelle vaut pour l'avenir et ne rétroagit pas. Toutefois, la jurisprudence *Commune de Béziers* semble réserver cette hypothèse, puisqu'elle prévoit la possibilité de prononcer, « le cas échéant avec un effet différé »²⁷¹, tant la résiliation du contrat que son annulation. Il est vrai que la rédaction de l'arrêt n'est pas univoque. Cependant, on peut estimer que le juge sera conduit à examiner des situations dans lesquelles il serait souhaitable de faire débiter l'annulation postérieurement à la conclusion de l'acte, mais antérieurement au prononcé de la sanction. Cela serait tout à fait envisageable pour un motif d'intérêt général. La sanction conserverait alors son caractère rétroactif, à la différence de la résiliation, mais n'anéantirait plus l'acte depuis sa signature. S'agissant d'une irrégularité touchant l'objet de l'acte, cette hypothèse doit rester très exceptionnelle. Elle n'est pas irréaliste pour autant.

480. Secondement, tout aussi logique est l'impossibilité de fonder une prétention sur les clauses de l'acte²⁷². En effet, celui-ci est réputé ne jamais être intervenu. Il revient d'ailleurs aux parties de restituer les sommes perçues, comme les prestations effectuées, au titre des stipulations contractuelles. Les choses doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient antérieurement à la conclusion du contrat. Reste au cocontractant lésé la possibilité de demander auprès du juge l'indemnisation du préjudice subi.

Ainsi que le relève M^{me} Pouyaud, cette faculté a même tendance à primer dans les choix du juge. Selon ses termes, « la destruction rétroactive du contrat – conséquence théoriquement essentielle car inhérente à la notion même de nullité – semble

²⁶⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 575.

²⁷⁰ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 76. V. aussi, J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 8.

²⁷¹ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

²⁷² V. not., CE Sect., 11 févr. 1972, *OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnements*, *Rec.*, p. 135.

secondaire par rapport à l'indemnisation qu'attend le cocontractant lésé par la nullité »²⁷³. Par pur pragmatisme, il est normal que le juge choisisse, autant que la fiction de l'annulation rétroactive le lui permet, de protéger les intérêts des parties. La nature subjective des relations conventionnelles incite en tout cas à privilégier cet aspect. Il n'est pas utile de préciser ici les modalités d'indemnisation. On peut se contenter d'en rappeler les deux hypothèses directrices. Soit le droit à indemnité s'inscrit dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration, lorsqu'une faute est commise. Soit ce droit se rapporte à la responsabilité quasi-contractuelle en l'absence de faute²⁷⁴.

481. Ces développements montrent combien l'annulation est une sanction qu'il faudrait pouvoir éviter. Mais, concernant les irrégularités affectant l'objet de l'acte, elle est *a priori* la sanction que doit prononcer le juge. Il s'agit de l'unique solution pour satisfaire le principe de légalité. En revanche, une alternative peut parfois être trouvée en requalifiant le contrat. Dans cette optique, les conventions d'administration peuvent rendre d'utiles services. Elles n'apportent toutefois qu'une solution très partielle aux difficultés constatées, comme d'ailleurs la requalification elle-même.

Sous-section 2 : La requalification de la convention

482. Assurant le maintien de l'acte, la requalification correspond aux préconisations formulées par le Conseil d'État²⁷⁵. Il ne s'agit pas d'une sanction²⁷⁶ dans la mesure où cette opération est conditionnée par les énoncés des clauses²⁷⁷. En d'autres termes, la requalification n'est pas envisagée ici comme une technique pour soumettre le contrat à un régime contractuel spécifique. Il s'agit de le soustraire à toutes normes applicables aux actes contractuels. Au moyen de cette technique, on rétablit simplement le cadre juridique auquel les parties ont échappé de manière intentionnelle ou

²⁷³ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 483.

²⁷⁴ Sur ces deux hypothèses, v. part., D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, pp. 489-508 ; v. aussi, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 577-579.

²⁷⁵ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

²⁷⁶ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 367. V. contra, J. PETIT, « Nouvelle antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, pp. 350-352.

²⁷⁷ V. not., J.-F. LAFaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 187.

non. Tandis qu'elles ne pouvaient régulièrement conclure un contrat sur tel objet prohibé, il leur était possible d'édicter un acte unilatéral ou de passer une simple convention d'administration.

483. Une comparaison peut aider à en saisir le principe. Il s'agit d'un procédé distinct de la régularisation, qui implique la conservation du cadre initial des relations entre les parties. Autrement dit, les mesures de régularisation n'altèrent pas la nature juridique de l'acte, que le juge cherche justement à préserver. La technique de requalification rétablit, au contraire, une sorte de réalité : elle permet au juge de faire correspondre à la pratique considérée la qualification juridique adéquate. En ce sens, requalifier un acte ne consiste pas vraiment à prononcer une sanction. Plus modestement, il s'agit d'un traitement qui a pour effet d'éviter l'annulation d'un acte dont l'existence matérielle n'est pas contestée. Voilà pourquoi lorsqu'un auteur estime que la requalification « conduit le juge à [...] nier l'existence »²⁷⁸ du contrat, il ne vise pas la théorie de l'inexistence mais l'absence des éléments caractéristiques de cet acte valide du point de vue juridique.

484. Envisagée ainsi, la requalification ne mérite pas de voir contestée sa valeur scientifique. Et si M^{me} Pouyaud émet des doutes à ce sujet, c'est parce que cet auteur focalise son attention sur l'irrégularité²⁷⁹ et non sur les caractères intrinsèques de l'acte. Cette technique n'a rien d'artificielle puisqu'elle s'appuie sur la recherche de la nature de l'action, laquelle ne transparait pas toujours de façon évidente. Sans doute a-t-elle pour effet de contourner une irrégularité, mais elle est aussi tributaire du procédé soumis au juge. D'ailleurs, c'est bien la proximité entre les actes contractuels et les actes unilatéraux qui, tout à la fois, justifie et permet cette investigation. Dans le même esprit, rien n'empêcherait le juge de déclasser l'acte en le considérant, au vu de ses stipulations, comme une simple convention d'administration. Là encore, les confusions qui perdurent sur l'identification de ces actes invitent à s'assurer, au préalable, de leur nature. De manière indirecte, la requalification permet ainsi de traiter une irrégularité touchant à l'objet d'un acte. Il constitue une sorte de révélateur, au niveau juridictionnel, de la fonction substitutive des conventions d'administration (§2.), comme cela était déjà le cas des actes unilatéraux (§1.).

²⁷⁸ J. PETIT, « Nouvelle antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 351. V. surtout, É. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), p. 66.

²⁷⁹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 367 : « son raisonnement [celui du juge] peut être schématisé ainsi : la stipulation litigieuse serait illégale dans un contrat administratif ; la personne publique étant présumée n'avoir pu vouloir cette irrégularité, l'acte litigieux n'est pas un contrat administratif », v. aussi, *ibid.*, p. 373.

§1. La requalification en acte unilatéral

485. Depuis plusieurs décennies, le juge administratif est coutumier de la requalification d'un acte d'apparence conventionnel en acte unilatéral²⁸⁰. Il s'agit d'un procédé commode parce qu'il lui évite d'annuler un acte prétendument contractuel. Cependant, la requalification est soumise à des conditions qui en limitent la mise en œuvre. D'une part, elle ne présente guère d'intérêt si l'un des auteurs ne dispose pas d'une compétence réglementaire, laquelle aurait été méconnue par la supposée action contractuelle (a). En théorie, il est possible que l'acte soit requalifié en une décision individuelle. Cela semblerait assez logique eu égard à la nature subjective de la relation pseudo-contractuelle. Cependant, une telle hypothèse semble marginale. Elle est ainsi négligée dans le cadre de ces développements. D'autre part, elle doit satisfaire à une sorte d'exigence de vraisemblance. L'acte doit présenter, même sous une forme négociée, les caractères d'une décision unilatérale ce qui peut prêter à des interprétations artificielles (b).

a) Une technique supposant une compétence réglementaire

486. La requalification en règlement d'un acte, présenté par les parties comme contractuel, suppose la détention d'une compétence réglementaire par l'un des signataires. En effet, cette opération a pour finalité de *valider* une action juridique²⁸¹. Étape nécessaire dans le raisonnement du juge, elle oriente la décision qui sera rendue. Or qualifier un acte juridique de règlement, tout en sachant qu'aucune des parties ne bénéficie d'une compétence en ce sens, conduirait inévitablement à l'annulation pour vice d'incompétence. La manœuvre n'aurait ainsi que peu d'intérêt, sinon celui de réparer une simple erreur d'appellation. Voilà pourquoi les situations dans lesquelles le juge procède à une requalification en un acte unilatéral impliquent la présence d'une pareille compétence.

487. L'impossibilité de passer un contrat en matière de police des prix illustre classiquement ce postulat. Depuis la décision *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*²⁸², le Conseil d'État a fixé sa jurisprudence en

²⁸⁰ D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 188.

²⁸¹ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 371.

²⁸² CE Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec., p. 181 ; CE, 23 oct. 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, Rec., p. 500 ; CE, 4 juill. 1975, *Syndicat national du commerce de la chaussure*, Rec., p. 404 ; CE, 4 mars 1991, *District de l'agglomération Belfortaise*, Rec., p. 651.

jugeant que ces actes conventionnels, empiétant sur la compétence réglementaire d'une autorité administrative signataire, s'analysent comme des règlements de police²⁸³. La formulation de cette règle s'est ensuite affinée. Elle ressort, de manière particulièrement claire, dans l'arrêt *Sieur Valet*. Le juge administratif y estime qu'un « arrêté [de fixation de prix], ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable et dont les dispositions s'y incorporent, ne constitue pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord »²⁸⁴ avec une confédération nationale. Il en résulte que, au-delà de la forme choisie, ces actes dont les énoncés sont normatifs ont nécessairement un caractère réglementaire en ce domaine²⁸⁵.

Ainsi, les pouvoirs conférés à l'autorité administrative expliquent la prohibition contractuelle et permettent l'utilisation de la technique de requalification. Tout au plus est-il possible de souligner que l'administration accepte que soit négocié, dans une certaine mesure, le contenu du futur acte unilatéral²⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que l'intervention du juge est déterminée par la compétence réglementaire de l'un des signataires de l'acte.

488. De même, une convention fixant les conditions générales relatives à l'occupation temporaire d'une dépendance du domaine public a déjà été requalifiée en règlement émanant d'un ministre. Pour le Conseil d'État, « ce document [...] revêt nonobstant la circonstance qu'il comporte également la signature du président de l'établissement public du Grand Louvre, le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre de l'éducation nationale et de la culture agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police du domaine »²⁸⁷. On constate que le raisonnement adopté par le

²⁸³ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 59 ; J. CHEVALLIER, « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Publication Fac. Droit Amiens*, 1971-1972, n° 1, p. 67 et s. ; M. HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 126, 1977, p. 242 et s. ; et sur cette jurisprudence, Ch.-L. VIER, note sous l'arrêt CE, 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *AJDA*, 1973, p. 329.

²⁸⁴ CE, 23 oct. 1974, *Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du bassin parisien*, *Rec.*, p. 500 ; CE, 4 juill. 1975, *Syndicat national du commerce de la chaussure*, *Rec.*, p. 404.

²⁸⁵ V. part., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 432-434. Une comparaison peut être effectuée avec la détermination des prix des médicaments remboursables par la sécurité sociale, tout en notant que les conventions médicales admettent une validité juridique indépendamment de l'acte réglementaire qui l'approuve. V. en ce sens, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 156.

²⁸⁶ M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, p. 176 et s.

²⁸⁷ CE Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie*, *Rec.*, p. 268.

juge administratif est proche de celui valable pour la police des prix. Ici encore, la compétence réglementaire de l'une des parties guide son analyse et conditionne la requalification juridique de l'acte.

489. Enfin, certaines chartes pourraient appuyer l'idée que la requalification exige parfois la présence d'une compétence réglementaire. Il faut néanmoins faire preuve de prudence, car cette appellation – introduite en droit par le discours politique²⁸⁸ – dissimule des actes très divers. Et ces derniers sont élaborés sans aucune considération systémique. Ainsi, la « charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique », signée conjointement le 2 décembre 2008 par le ministre du Budget, le secrétaire d'État chargé de la fonction publique et le président de la HALDE consiste bien en une action unilatérale. Mais elle ne met en œuvre aucun pouvoir réglementaire²⁸⁹. Mieux, il arrive qu'une charte soit qualifiée de véritable contrat lors d'un contentieux²⁹⁰.

Au-delà de ces hypothèses, le juge a également eu l'occasion de requalifier une charte en un acte réglementaire. Par exemple, à sa création la « charte du contribuable vérifié » ne constituait qu'un simple document d'information non opposable à l'administration. Le juge justifiait sa jurisprudence par la nature intrinsèque de l'acte, c'est-à-dire une simple instruction administrative²⁹¹. En d'autres termes, cela suggérait

²⁸⁸ J. RIVERO, « État de droit, état du droit », in *l'État de droit. Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 611.

²⁸⁹ Charte consultée sur le site www.fonction.publique.gouv.fr. D'autres exemples peuvent être mentionnés. Ainsi, une « charte de mise en valeur de sites protégés » se borne pour le juge administratif « à exposer des principes selon lesquels pourraient être mis en valeur [ces sites], et à présenter une estimation des montants financiers qui devraient y être consacrés », elle « constitue, dès lors, une simple déclaration d'intention, dépourvue de valeur juridique et de force contraignante » (CE, 11 juill. 1994, *Association pour la protection des gorges de l'Ardèche*, req. n° 149200). Il en va encore ainsi d'une charte d'objectifs (CE, 8 juill. 1998, *Électricité de France*, req. n° 172057). Enfin, le Conseil d'État a jugé que « la charte pour le développement pérenne de l'agriculture et de l'agroalimentaire en Bretagne, signée le 14 mai 2001 entre l'Etat, des collectivités locales, des professionnels de l'élevage et divers autres organismes concernés par les pratiques agricoles et l'élevage en Bretagne, est un document d'orientation dépourvu de caractère réglementaire ou contractuel » (CE, 10 avr. 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, req. n° 307513 ; *AJDA*, 2009, p. 739 ; *JCP A*, 2009, act. 513).

²⁹⁰ En ce sens, le juge administratif a estimé qu'une charte se substituant à un protocole d'accord doit être analysée comme un « contrat particulier » d'application du contrat de plan au sens de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 (TA Orléans, 25 nov. 2003, *Établissement public d'aménagement de la Loire et de ses affluents (EPALA) c/ Agence de l'eau Loire-Bretagne*, CMP, 2004, n° 56, note F. Lesigne ; CAA Nantes, Plén., 30 déc. 2005, *Établissement public d'aménagement de la Loire et de ses affluents (EPALA) c/ Agence de l'eau Loire-Bretagne*, Rec., tab., p. 968 ; CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, Rec., tab., p. 628). Citons encore, la convention nommée « charte culturelle de Bretagne » (CE, 27 juin 1990, *Association défense et protection des langues de France*, req. n° 52379) ; ou bien encore la charte du football professionnel analysée par le juge administratif comme un contrat de droit privé (CE, Sect., 15 mai 1991, *Association « Girondins de Bordeaux Football Club »*, Rec., p. 179 ; CE, 13 nov. 1991, *Association club des chamois niortais*, req. n° 125257 ; CE, 27 janv. 1997, *Association « Paris-Racing I »*, req. n° 124751).

²⁹¹ En ce sens, CE, 10 févr. 1988, *Barthélémy*, req. n° 57602 ; CE, 19 juin 1989, *Cassigneul*, req. n° 69846 ; CE, 4 mars 1992, *Raphaël X.*, req. n° 81246.

l'absence de « valeur réglementaire »²⁹² de la charte. La nouvelle rédaction de l'article L. 10 du Livre des procédures fiscales a ensuite permis un revirement jurisprudentiel²⁹³. De façon comparable, le Conseil d'État a pu qualifier implicitement une « charte de l'arbitrage »²⁹⁴ ou une « charte de l'écologie urbaine »²⁹⁵ de règlement. Dans ces deux situations, l'édition de l'acte est rattachée au pouvoir réglementaire respectivement d'une autorité émanant d'une fédération sportive et d'une autorité relevant d'un établissement public, pour permettre la requalification.

490. En conséquence, dans l'analyse du juge, seule la signature de l'autorité compétente est retenue pour examiner la régularité de l'acte en cause. Ainsi que l'écrivait Guy Braibant au sujet de la police des prix, « si elles sont politiquement et pratiquement utiles, les signatures des dirigeants syndicaux sont [...] juridiquement superfétatoires ; du moins n'ont-elles pas pour effet d'entacher par leur seule existence la validité du règlement qui émane de l'autorité compétente »²⁹⁶. Cette approche a été transposée à d'autres situations, comme en témoigne l'arrêt *Ministre de la culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie*²⁹⁷. Cette décision met particulièrement en exergue le caractère superflu de la signature de la partie incompétente pour édicter une mesure réglementaire. Seule compte la présence de la signature émanant de l'autorité administrative compétente.

491. Il faut noter toutefois que l'exigence d'une compétence réglementaire est un peu particulière pour une requalification exercée au regard de l'objet de l'acte. La prohibition contractuelle étant justement liée à celle-ci, il n'est pas vraiment utile de s'interroger sur la présence d'une compétence réglementaire. Elle existe de fait, car à défaut l'interdiction de conclure un contrat ne trouverait sans doute aucune justification. Voilà pourquoi le rôle du juge ne consiste pas tellement à s'interroger sur l'existence d'une pareille compétence. Elle se trouve d'une certaine manière présumée par le contexte juridique. En revanche, il porte son attention sur l'attribution de cette compétence. Il lui incombe ainsi de vérifier si l'une des parties en dispose afin

²⁹² CE, 26 juin 1992, *Jean X.*, req. n° 81598.

²⁹³ Depuis, les dispositions de la charte sont opposables à l'administration (CE, 14 févr. 1996, *Jean-Pierre X.*, req. n° 138423 ; CE, 24 nov. 1997, *Brun*, req. n° 168995).

²⁹⁴ CE, 14 févr. 1996, *Basket club de Bourgoin-Jallieu*, req. n° 126940.

²⁹⁵ CE, 23 oct. 1998, *Association pour la sauvegarde des espaces verts des Monts d'or*, *Rec.*, tab., p. 1223.

²⁹⁶ G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, *AJDA*, 1973, p. 324.

²⁹⁷ CE Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie*, *Rec.*, p. 268.

d'assurer la régularité de l'acte, sur cet élément du moins. Cela ne saurait signifier cependant que l'acte ne peut être entaché d'une autre irrégularité. *Valider* une convention par une requalification en un règlement ne préjuge, de toute évidence, en rien de sa légalité sur d'autres aspects. L'étude se borne ici au seul objet de l'acte. Et comme l'écrit M^{me} Pouyaud, « la disqualification ne permet [...] pas de manière illimitée de faire échapper les actes de l'administration à la censure du juge »²⁹⁸.

492. Même lorsque la condition relative à l'identification d'une compétence réglementaire au profit d'un signataire est remplie, l'opération de requalification ne se trouve pas vidée de tout soupçon. En effet, les auteurs et le juge lui-même nourrissent souvent des doutes quant à cette technique. Il est vrai qu'elle est particulièrement sujette à des interprétations artificielles.

b) Une technique sujette à des interprétations artificielles

493. La fonction téléologique de la requalification peut conduire à douter de l'opportunité du recours à cette technique. En effet, elle aboutit à préserver l'acte en substituant à l'appellation retenue par les parties celle d'acte unilatéral. Cela présente un risque : n'est-il pas possible que cette finalité prévale sur la vraisemblance de la qualification choisie ? En d'autres termes, animé d'intentions louables, le juge ne pourrait-il requalifier un contrat uniquement pour sauver l'action administrative et ce, sans tenir compte de l'adéquation de l'acte unilatéral avec la nature de l'acte en cause ? Loin d'être hypothétique, ce risque semble bien réel comme en témoignent de nombreux écrits.

494. Parmi la doctrine, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* ont émis des réserves appuyées à propos de ce procédé. Au sujet de la police des prix, ils affirment : « l'analyse, ainsi consacrée par la jurisprudence, des actes pris « en accord » avec leurs destinataires est [...] subtile. Elle comporte le risque – qui, à l'expérience, s'est révélé réel – de se prêter à la fiction, voire à l'arbitraire des qualifications »²⁹⁹. Ils s'interrogent ensuite : « comment reconnaître en effet avec certitude que l'on se trouve en présence d'un engagement du destinataire inséré dans une décision unilatérale de l'administration, plutôt qu'en présence d'un échange bilatéral d'engagements réciproques ? »³⁰⁰. Il est vrai qu'une telle opération est rendue très délicate par la

²⁹⁸ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 373.

²⁹⁹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 66.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 66.

proximité entre les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs. Elle l'était auparavant, et l'est devenue plus encore aujourd'hui en raison des diverses combinaisons entre ces deux branches de l'action administrative³⁰¹. Cette mixité constitue ici une difficulté.

D'autres auteurs relèvent, plus ou moins explicitement, les ambiguïtés qui entourent ce type de requalification. Elles peuvent provenir d'une absence de motivation dans les arrêts³⁰². Mais, au-delà de l'argumentation du juge, M. Petit souligne encore les reproches portant sur l'usage de cette technique. Il précise à cet effet qu'il faut « que la requalification ne méconnaisse pas trop ouvertement la réalité juridique »³⁰³.

495. Compte tenu de ces difficultés, il est des situations où le juge administratif ne se livre pas à une requalification. Il opte plus volontiers pour une annulation du contrat conclu sur un objet prohibé. En ce sens, dans les arrêts *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*³⁰⁴ et *Association les amis de la terre*³⁰⁵, le Conseil d'État a jugé les actes visés comme étant dépourvus de toute valeur juridique. Pourquoi ne pas avoir requalifié dans ces espèces les conventions concernées ? Des raisons objectives expliquaient-elles la solution retenue ? Outre des considérations pratiques, tout ceci semble renvoyer à un certain nombre de contraintes qui pèsent sur l'interprétation du juge. On ne peut concevoir qu'il soit totalement libre de retenir telle ou telle qualification en négligeant l'intention des parties ou l'ordonnancement juridique. Cela contribue à canaliser les choix de qualification opérés par le juge. C'est dans cette optique qu'il faut apprécier les développements d'un commissaire du gouvernement, selon lesquels on ne peut méconnaître la « portée réelle »³⁰⁶ des clauses d'une convention.

496. La fonction téléologique de la requalification ne devrait pas, en tout état de cause, en faire oublier les multiples intérêts. Sans oublier son apport pour la classification des actes, elle sert notamment à organiser l'accès au prétoire. En effet, selon

³⁰¹ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 154-160.

³⁰² D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 232.

³⁰³ J. PETIT, « Nouvelle antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 351.

³⁰⁴ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec., p. 22.

³⁰⁵ CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, Rec., p. 73.

³⁰⁶ P.-A. JEANNENEY, concl. sur l'arrêt CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, RFDA, 1985, p. 365.

la qualification retenue, un tiers pourra ou non attaquer tel ou tel acte devant le juge de l'excès de pouvoir³⁰⁷. Ne serait-ce que pour ce motif, il n'est pas pleinement convaincant d'opter pour une requalification seulement lorsque cela permet d'éviter une annulation³⁰⁸. Alors même que la solution ne s'en trouve pas modifiée, il faut encourager le juge à toujours rechercher la qualification la plus adéquate. Pour le moins, il est souhaitable de ne pas procéder de manière implicite. Or, peut-être pour échapper à une « guerre des qualifications »³⁰⁹, le juge préfère souvent ignorer la forme de l'acte sans opérer de disqualification³¹⁰. Cette qualification implicite est en elle-même regrettable³¹¹ car, en passant sous silence cette étape du raisonnement, le juge laisse planer une incertitude nuisible à la compréhension du droit.

497. Désormais, la pratique montre que le juge administratif sait user à bon escient de sa faculté de requalification³¹². Il évite ainsi de recourir de façon artificielle à cette technique, ce qui contribue à en préserver toute l'efficacité mais cette politique est exposée à la contingence. Pour pallier les difficultés relatives à l'objet d'un contrat, ce procédé pourrait aussi être transposé aux conventions d'administration. Selon la teneur de l'acte possiblement vicié, cette qualification offrirait une alternative utile à la requalification en acte unilatéral. Les hypothèses visées renferment, en effet, des difficultés distinctes.

§2. La requalification en convention d'administration

498. Puisque les conventions d'administration ne sont pas soumises aux mêmes interdictions que les contrats s'agissant des objets sur lesquels elles portent, il est possible de concevoir des hypothèses de requalification. À l'instar de la technique em-

³⁰⁷ V. not., R. DENOIX DE SAINT MARC, concl. sur l'arrêt CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *AJDA*, 1979, p. 38.

³⁰⁸ V. *contra*, P.-A. JEANNENEY, concl. sur l'arrêt CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, *RFDA*, 1985, p. 365.

³⁰⁹ O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993 (n° 18), p. 11.

³¹⁰ M. FORNACCIARI, concl. sur l'arrêt CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, *RFDA*, 1989, p. 468 ; Y. STRUILLOU, concl. sur l'arrêt CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, *Dr. soc.*, 2006, p. 890. V. aussi, J.-M. AUBY, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.*, 1953, chron., p. 100 ; Ph. TERNEYRE, note sous l'arrêt CE, 21 oct. 1988, *SARL CETRA c/ Port autonome de Nantes – Saint-Nazaire*, *RA*, 1988, p. 531.

³¹¹ V. not., Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, coll. « BDP », t. 263, p. 30.

³¹² Cela souligne une évolution de la pratique juridictionnelle puisque la doctrine portait naguère un jugement inverse sur l'attitude du juge, v. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 66.

ployée pour les actes unilatéraux, le juge pourrait fort bien vider ainsi un litige. Si rien ne s'oppose à la mise en œuvre de ce traitement, le juge n'a évidemment pu y procéder explicitement pour l'heure. Il lui manque pour cela l'adoption d'un concept équivalent à celui proposé dans cette étude. Toutefois, des analogies peuvent être effectuées pour illustrer les potentialités des conventions d'administration.

499. Encore rarement envisagée, cette technique se rapproche de certaines pratiques déjà relevées en droit de l'urbanisme. Ainsi que le souligne M. Fatôme, « l'interdiction faite à l'autorité compétente en matière d'urbanisme de s'engager par contrat à prendre une décision déterminée n'a [...] pas pour conséquence d'emporter la nullité des contrats conclus en violation de cette interdiction mais [...] d'empêcher qu'il puisse exister des contrats de ce type, *ce qui était contrat dans l'esprit des parties étant automatiquement requalifié d'actes préparatoires* »³¹³. Il ressort de cette affirmation deux éléments complémentaires. D'une part, l'auteur relève que le juge requalifie l'acte et, ce faisant, empêche son annulation. D'autre part et surtout, la qualification retenue n'est pas celle d'acte unilatéral ou plus précisément d'acte décisoire. C'est admettre, d'un point de vue technique, qu'il est possible de requalifier un contrat en une convention dont les stipulations seraient directives. Ce premier constat encourage ainsi à approfondir cette hypothèse.

De même, la reproduction d'un passage de la thèse de M^{me} Pouyaud suggère les potentialités des conventions d'administration. Implicitement, cet auteur a envisagé la transposition de la technique de requalification pour des actes semblables. Selon ses termes, « du fait que les matières sur lesquelles portent ces engagements ne peuvent faire l'objet de contrats, la doctrine, comme la jurisprudence, en conclut que ces soi-disant contrats sont en fait des actes unilatéraux. Il apparaît cependant que si, souvent ces actes ne sont pas des contrats au sens classique du terme [...] ils ne sont pas non plus des actes unilatéraux. *La volonté de négociation de la personne publique ne peut être réduite à néant par l'analyse juridique. Ils correspondent à une nouvelle catégorie d'actes juridiques dont le ressort n'est plus la volonté de l'auteur mais l'adhésion* »³¹⁴.

Il est même arrivé au juge administratif de procéder à une requalification d'une stipulation privée de valeur impérative au sein d'un contrat. En ce sens, l'arrêt *Ville de La Courneuve* contient une requalification d'une clause contenant une formule

³¹³ É. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), p. 66 (nous soulignons).

³¹⁴ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 235 (nous soulignons).

d'actualisation d'une recette fiscale. Alors qu'il aurait pu annuler la clause irrégulière, puisqu'elle porte sur une matière prohibée, le Conseil d'État a préféré y percevoir une stipulation bénéficiant d'une « valeur indicative »³¹⁵. Ce processus pourrait être étendu à d'autres situations et emporter d'autres conséquences. Techniquement possible, la requalification d'un contrat en une convention d'administration présenterait plusieurs avantages. Elle ne soulèverait pas certaines difficultés rencontrées s'agissant des règlements et donnerait l'occasion au juge de façonner cette nouvelle catégorie juridique.

500. Tout d'abord, plusieurs avantages sont attachés à la requalification d'un acte, présenté par les parties comme un contrat, en une convention d'administration. D'une part, et contrairement à la requalification en acte unilatéral, l'utilisation de la notion de convention d'administration permet d'assurer la continuité de la relation conventionnelle. Les rapports subjectifs établis ne sont pas, en effet, modifiés en une action d'ordre objectif. Cela a pour conséquence de protéger l'intérêt des parties. Ce faisant, on sauvegarde au moins la réciprocité de la relation. D'autre part, le maintien du caractère conventionnel du procédé doit, en principe, conduire le juge administratif à rejeter les recours des tiers visant son annulation. Au demeurant, ce sentiment est corroboré par la teneur directive des stipulations de ces actes. Celle-ci devrait aussi conduire au rejet d'un recours par action formé par un tiers. En comparaison des risques d'annulation juridictionnelle d'un règlement, l'alternative suggérée est ainsi pertinente.

501. Ensuite, la requalification d'un contrat en convention d'administration ne soulève pas les mêmes difficultés que l'opération aboutissant à un acte unilatéral. Ainsi, il n'est pas utile de s'interroger sur la compétence réglementaire de l'une des parties. Puisque théoriquement une entité pouvant conclure un contrat a la possibilité de conclure une convention d'administration, sous réserve des contraintes prescrites par le droit positif³¹⁶, la régularité de l'opération est présumée sur cet aspect. Par ailleurs, cette technique appelle moins de critiques s'agissant des conventions d'administration qu'elle n'en soulève pour les actes unilatéraux. Une fois acquise la nature conventionnelle de l'action, la distinction entre les clauses impératives et celles simplement directives pose sans doute moins de difficultés. Cela résulte de la distinction plus franche

³¹⁵ CE, 22 nov. 1985, *Ville de la Courneuve*, *Rec.*, p. 333.

³¹⁶ V. *supra*, 309 et s.

qui existe entre ces stipulations. Voilà pourquoi cette opération risque de prêter dans une moindre mesure à la critique sur la fiction sur laquelle elle reposerait.

502. Enfin, l'objet de l'acte pourrait donner une occasion au juge d'édifier les contours d'une nouvelle catégorie conventionnelle. La requalification permet, en effet, « d'établir de l'ordre »³¹⁷. Pour ce faire, il convient de revenir à la définition du processus de qualification. Il s'entend comme une « opération intellectuelle d'analyse juridique, [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »³¹⁸.

Aussi ce procédé présuppose-t-il soit l'existence d'une catégorie, soit la création d'une catégorie simultanément à la qualification. Cette seconde hypothèse est parfaitement envisageable dans la mesure où les catégories ne sont pas figées et subissent des adaptations perpétuelles. Comme l'écrit M. Bergel, les catégories juridiques résultent « d'un artifice technique de mise en œuvre des réalités juridiques, qui ne doit jamais, par un excès de rigidité, permettre de les dénaturer »³¹⁹. De la sorte, le processus de qualification juridique ne se borne pas à un classement, mais contribue à la définition des catégories juridiques. En définitive, qualifier juridiquement correspond toujours à un exercice sélectif et constructif sur les qualités d'un fait ou d'une chose³²⁰. Au-delà des avantages que présente la requalification d'un contrat en une convention d'administration, ce serait ainsi pour le juge une manière de façonner une nouvelle notion.

503. Conclusion de section. La dualité de traitement des objets irréguliers répond à des exigences différentes, mais qui ont en commun de préserver les diverses prohibitions contractuelles. Ainsi, le juge administratif dispose de solutions adaptées, lesquelles s'articulent en fait de manière successive. Certes, l'annulation de l'acte demeure la principale sanction et la meilleure garantie pour les interdictions de contracter. Néanmoins, cette solution suppose auparavant que le juge se soit assuré de la nature véritablement contractuelle de l'acte. Dans l'hypothèse inverse, il lui est loisible

³¹⁷ F. TERRÉ, « Volonté et qualification », *APD*, 1957, p. 99.

³¹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007. V. aussi, D. LABETOUILLE, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », *Droits*, 1993 (n° 18), p. 31.

³¹⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 220.

³²⁰ V. en ce sens, O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993 (n° 18), p. 9.

de procéder à une requalification juridique. C'est, en tous les cas, une étape préalable au prononcé d'une annulation.

De la sorte, requalification et annulation se combinent dans le raisonnement juridictionnel. Il n'y a donc pas lieu de chercher que l'une prévale sur l'autre ; un tel questionnement paraît inapproprié eu égard aux rôles assurés par ces deux traitements. Au surplus, on constate que les conventions d'administration peuvent contribuer efficacement à la préservation des interdictions contractuelles. Cette fonction apparaît comme un corollaire de l'autonomie de ces actes au regard des objets sur lesquels porte leur conclusion.

504. Conclusion de chapitre. En somme, la diversification des objets sur lesquels portent les actions conventionnelles de l'administration résulte d'un double mouvement. Sans doute existe-t-il parfois un infléchissement des interdictions de contracter. Mais cette évolution n'est pas aussi sensible qu'on pourrait le croire au regard des pratiques administratives. En définitive, assez peu de contrats sont conclus sur des objets autrefois prohibés. De nombreux instruments d'apparence contractuelle recouvrent, en fait, une toute autre nature. Tantôt ils déploient des effets réglementaires, tantôt ils peuvent être qualifiés de conventions d'administration. Dans ces deux hypothèses, puisque l'acte n'est pas un contrat, son existence n'altère en rien lesdites prohibitions. Encore faut-il que le juge puisse intervenir pour rétablir, le cas échéant, la qualification adéquate.

Dès lors, il n'y a pas véritablement de corrélation entre la diversification de l'action conventionnelle et d'éventuels affaiblissements touchant les impossibilités de contracter. Les choses sont plus complexes. Car cela traduit autant, sinon plus, les métamorphoses subies par l'acte conventionnel même. Naguère perçu comme ne pouvant renfermer que des stipulations impératives – imposant des obligations ou attribuant des droits – il s'est enrichi ou déprécié selon le jugement que l'on porte. Il ne contient parfois que des clauses directives, ce qui autorise sa signature sur des objets traditionnellement interdits aux contrats. Voilà pourquoi il est possible de parler d'une fonction substitutive des conventions d'administration. À la différence d'un règlement, celles-ci offrent l'intérêt de permettre l'usage d'un procédé conventionnel alors même que la conclusion d'un contrat est prohibée.

Du reste, l'usage des conventions d'administration traduit une volonté plus fondamentale encore à l'endroit des prérogatives de puissance publique. Au-delà du respect des limites objectives assignées aux contrats, c'est bien l'intention de préserver les pouvoirs décisionnels de l'administration qui sous-tend l'émergence de ces nouveaux procédés. Éviter de contracter, c'est éviter de menacer les pouvoirs admi-

nistratifs. Accepter de convenir, c'est assurer la légitimité de l'action administrative. Quoi qu'il en soit, ceci contribue à l'affermissement de l'autonomie fonctionnelle des conventions d'administration. Celle-ci se matérialise par la possibilité de convenir sur des objets sensiblement plus nombreux que ceux permis aux contrats. C'est là tout l'intérêt pratique de la différenciation entre les actes contractuels et conventionnels.

505. Cette évolution appelle plusieurs interrogations dont une sur la pérennité des formes actuelles de l'action administrative. En d'autres termes, le recours aux conventions d'administration est-il un mode d'administration durable ou constitue-t-il une étape temporaire vers la conclusion de véritables contrats ? Dans plusieurs hypothèses, il semble que les conventions d'administration devraient perdurer. L'exigence de protection des prérogatives de puissance publique mériterait, en effet, de primer sur la progression du contrat. Cependant, le droit positif semble particulièrement mouvant sur cette problématique. Pour l'heure, les conventions d'administration apportent une solution séduisante, tout en demeurant partielle. Il convient donc d'en nuancer les vertus. Alors que sa fonction substitutive est bien réelle, l'utilisation que les acteurs en font demeure encore sporadique.

Conclusion de titre

506. La fonction substitutive assurée par les conventions d'administration apparaît sur deux plans distincts. D'un côté, elle ressort lorsque se nouent des relations conventionnelles entre des entités relevant d'une même personne juridique. Et d'un autre, elle s'affirme plus évidemment encore dans l'hypothèse où la signature d'un contrat est prohibée sur certaines matières. Car il est alors envisageable de passer, à défaut, une simple convention d'administration. Ainsi l'autonomie des instruments étudiés est-elle confirmée eu égard à leur fonction de substitution. Des obstacles théoriques tenant aux sujets ou aux objets empêchent quelquefois la conclusion de contrats mais tolèrent la signature de conventions d'administration. Ces aspects sont fondamentaux pour admettre la distinction proposée.

507. L'examen de ces fonctions montre qu'il est ainsi possible de concilier des impératifs divergents. D'une part, les acteurs du droit manifestent le besoin de passer un plus grand nombre de conventions, et ce dans tous les domaines de l'activité administrative. D'autre part, quelques principes interdisent parfois la conclusion de contrats. En ces cas, les parties sont, pour le moins, susceptibles de signer des conventions d'administration. Car celles-ci requièrent des habilitations juridiques propres et, ne créant ni obligation ni droit respectent les prérogatives dont disposent les parties. Dans cette mesure, un compromis est trouvé. Les conventions d'administration permettent de satisfaire certaines exigences pratiques tout en préservant les impératifs théoriques attachés aux contrats. Sans doute la solution mise en valeur n'est-elle pas en tout point satisfaisante. Il est ainsi possible d'envisager l'état du droit comme transitoire. En définitive, les conventions n'ont-elles pas vocation à s'effacer un jour derrière de véritables contrats ? Autrement dit, les seconds seraient-ils l'horizon des premières ? Ne serait-ce là qu'une technique visant à introduire progressivement le contrat dans toute l'action administrative ? Rien n'est moins sûr. On peut parfaitement envisager que, dans un futur plus ou moins proche, des contrats puissent être signés dans des situations où seules des conventions d'administration sont au-

jourd'hui susceptibles d'être passées. Mais il est peu probable que toutes les hypothèses examinées ici soient visées. On songe en particulier aux matières régaliennes, principalement et nécessairement gouvernées par l'action unilatérale. Du point de vue de leur fonction substitutive, les conventions d'administration devraient donc perdurer, même si cette activité est peut-être appelée à diminuer. Pour l'heure, l'analyse du rôle qu'elles occupent permet, en tous les cas, de consolider la distinction qu'il convient d'opérer entre les conventions d'administration et les contrats.

Conclusion de partie

508. L'autonomie de la catégorie des conventions d'administration revêt une double justification. On peut en rendre compte en combinant des approches structurale et fonctionnelle. La consécration de cette notion ne se réduit pas, en effet, à une distinction qui tient à une analyse d'ordre ontologique. Sans doute un examen intrinsèque est-il nécessaire pour séparer les conventions d'administration et les contrats. Celui-ci réside dans l'identification de la teneur impérative des stipulations. Et il est vrai que son intérêt est majeur pour fonder une différenciation probante au sein des actions conventionnelles. Mais cette autonomie trouve également un argument dans la mise en exergue des fonctions substitutives que les conventions d'administration assurent. En somme, lorsqu'il n'est pas possible pour les parties de signer un véritable contrat, elles peuvent, au moins, passer une convention d'administration. Une telle situation survient en raison d'empêchements liés tantôt aux sujets, tantôt aux objets, des actes. Cette solution palliative n'est certes pas parfaite. Elle permet toutefois de concilier plusieurs impératifs et traduit remarquablement les différences entre les conventions d'administration et les contrats. Dès lors, la réunion de ces deux approches permet de soutenir avec plus d'assurance la distinction proposée en ouverture de cette étude.

509. Une fois cette séparation admise, il importe désormais de préciser la signification attachée à la notion de convention d'administration. Elle désigne, dans cette étude, *un acte résultant d'un accord de volontés, présentant un caractère de réciprocité, et dont les stipulations comportent des énoncés directifs*. Cette définition mérite d'être retenue pour deux motifs principaux. D'une part, elle est assez flexible pour embrasser des situations très diverses. D'autre part, elle semble suffisamment resserrée pour sceller l'unité de tous les objets qu'intègre la catégorie des conventions d'administration. À ce stade de l'étude, tous ces éléments rendent compte des recherches menées. Ils sont, dès lors, satisfaisants mais pourront nécessiter des précisions au cours des développements à venir.

510. Enfin, après avoir montré l'autonomie et donné une définition de la notion de convention d'administration, il reste à s'interroger sur la nécessité d'ajouter un nouveau concept à la classification des actes. Créer une telle subdivision n'est-ce pas obscurcir un peu plus la représentation du droit positif ? Ne pourrait-on, en fait, se borner à adopter une interprétation toujours plus extensive de la notion de contrat ? De pareilles critiques seraient légitimes. Cependant, nombreux sont les auteurs à avoir déjà dénoncé la méconnaissance du sens attaché au contrat. Jadis, M. Weil s'interrogeait ainsi sur l'opportunité d'étendre à certains actes conventionnels la qualification contractuelle¹. Depuis lors, l'usage récurrent de procédés proches du contrat, mais distincts, renouvelle amplement cette problématique. Les craintes émises par plusieurs auteurs se trouvent confirmées par les pratiques administratives. Et bien plus, en raison d'interprétations audacieuses ou nécessaires, le juge administratif a parfois, lui-même, contribué à rendre plus confuse la notion contractuelle. Le Conseil d'État semble pourtant soucieux de ces dérives théoriques². Il n'a pas encore apporté de solution convaincante à l'ensemble des difficultés soulevées ici. Mais de nombreux signes incitent à penser qu'il y est prêt. En tous les cas, l'actuelle jurisprudence n'est évidemment pas intangible. Aussi est-il souhaitable que le juge se dote d'une notion similaire à celle de convention d'administration. Tout d'abord, ce choix permettrait de traduire au niveau conceptuel les évolutions touchant les actions conventionnelles des personnes publiques. Ensuite, il participerait à la redélimitation plus rigoureusement de la notion de contrat. Ne pas retenir une acception stricte de cette notion serait bien hasardeux, car cela éloignerait notamment la théorie des contrats publics de celle des contrats privés. Enfin, un tel choix pourrait se prévaloir des spécificités que recouvre l'utilisation des conventions d'administration, lesquelles suggèrent l'utilité de cette notion.

¹ P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 224.

² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 251

SECONDE PARTIE

LES SPÉCIFICITÉS DE L'UTILISATION DES CONVENTIONS D'ADMINISTRATION

511. La signature d'un contrat recouvre des réalités diverses. Certes, la notion à laquelle on se réfère est toujours la même, peu importe d'ailleurs que soient visées des relations de droit public ou privé. Mais les parties utilisent différemment les contrats. En effet, les applications changent en fonction des besoins des signataires. Cela se traduit au sein de la classification des actes par l'existence de multiples ramifications. Illustre notamment cet aspect la typologie, d'inspiration réaliste, des contrats spéciaux en droit civil¹. Dans une moindre mesure, tel est également le cas, en droit administratif, avec la coexistence des différentes catégories de contrats. Toutes proportions gardées, les conventions d'administration présentent aussi un certain nombre de spécificités. Mais il ne s'agit pas tant de procéder à une analyse *micro-juridique*. Bien au contraire, en visant les spécificités touchant à l'utilisation des conventions d'administration, on entend montrer plusieurs originalités communes aux actes qui relèvent de cette catégorie. Il s'agit donc d'adopter une approche plus générale, que l'on pourrait nommer ici *macro-juridique*.

512. Une pareille étude se justifie assez simplement. Exclure de la catégorie contractuelle des actes aussi disparates que les contrats de projets, les contrats de programme, les conventions d'objectifs et de moyens, les contrats urbains de cohésion sociale, ou encore les contrats locaux de sécurité, ne présenterait qu'un intérêt médiocre si l'on ne tentait pas de discerner des traits communs à ces actes. Pire, cet

¹ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 8^{ème} éd., 2008, pp. 1-10 ; F. COLLART D'UTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2011, p. 3 et s.

effort paraîtrait « purement verbal »² eu égard à l'absence de règles applicables à toutes les conventions d'administration. Dans cette perspective, un examen relatif à l'utilisation de ces actes s'avère déterminant. Il doit permettre d'insister sur plusieurs spécificités relatives aux conventions d'administration. Et, par conséquent, il sera possible d'affirmer l'utilité même de cette notion.

513. On se heurte d'emblée à une difficulté générale qui tient à la faible juridicité des conventions d'administration. L'absence de clauses impératives laisse augurer, en effet, une quantité restreinte de règles applicables. Aussi déterminer un régime commun aux conventions d'administration consistera-t-il surtout à montrer que leur utilisation est loin d'être assimilable à celle des contrats. Pour ce faire, il est possible de raisonner sur deux plans distincts, bien qu'ils soient liés. Au vu de leurs utilisations, les conventions d'administration constituent des sources indirectes de la légalité administratives (Titre 1). Ce statut est lié à leur nature, à la fois, juridique et administrative. En découle un certain nombre de conséquences. Parmi celles-ci, on compte en particulier leur soumission imparfaite à la légalité administrative (Titre 2). Les conventions d'administration doivent en effet respecter quelques contraintes et font l'objet d'un contrôle. En somme, produisant du droit, les conventions d'administration se trouvent-elles logiquement soumises au droit.

² G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. Montpellier, Pedone, 1945, p. 261.

Titre 1

Une source indirecte de la légalité administrative

514. Une controverse relative à l'appartenance des contrats aux sources du droit perdure au sein de la doctrine. Certes, les auteurs admettent volontiers que les stipulations de ces actes créent des normes juridiques. Mais il arrive parfois qu'on leur refuse, à l'instar des décisions individuelles, le *label* de source de la légalité. Cette situation, qui trouve peut-être une influence dans les choix du juge, peut paraître curieuse lorsque l'on adopte une approche positiviste large¹. Elle n'empêche pas, en tous les cas, d'envisager les conventions d'administration comme étant intégrées aux sources de la légalité administrative. Cela appelle des remarques de deux ordres. Les premières portent sur l'idée de source indirecte. Les secondes sont relatives aux liens entre le genre d'un acte et son appartenance à la légalité administrative.

515. Nommées par une métaphore, les sources² de la légalité administrative sont habituellement réduites à leurs composantes les plus nobles. De façon générale, on songe d'abord aux sources directes et formelles. C'est-à-dire à celles qui, pour créer le droit et fonder son autorité³, ont vocation à modifier par elles-mêmes l'ordonnement juridique. Ainsi ne fait-il guère de doute que la Constitution, les lois, les règlements, ou encore la jurisprudence sont autant d'éléments de la légalité

¹ V. not., H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 186.

² L'expression « sources de la légalité administrative » peut prêter à confusion en ce qu'elle renvoie à diverses approches du droit. Il ne s'agira pas, dans ces développements, de s'interroger sur les origines métaphysiques, ou du moins les influences, du droit. Plus restrictivement, il ne sera question que des différents contenus du droit positif. V. P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », *APD*, 1982, p. 251. V. aussi, H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 185-186 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, réimp. LGDJ, 1994, p. 71 et s.

³ V. not., Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *APD*, 1982, p. 23.

administrative entendue dans une acception large⁴. La proximité entre les discours doctrinaux contemporains est, sur cet aspect, manifeste. Il n'est dès lors pas nécessaire de formuler des remarques additionnelles. En revanche, il arrive que d'autres actes soient perçus comme des sources *indirectes* de la légalité administrative. Cela signifie alors que les phénomènes envisagés ne modifient pas, par leur seule existence, l'ordonnement juridique. Mais ils peuvent fort bien participer à cette modification. Dans une approche dynamique du droit⁵, il est en effet possible d'associer ces actes à la création des normes. Tel semble être le cas des conventions d'administration. Bien que ne comportant pas de stipulation impérative, elles contribuent à la création du droit administratif par divers effets juridiques (Chapitre 1).

516. Durant plusieurs décennies, la doctrine a estimé que l'expression *acte administratif* désignait seulement l'acte administratif unilatéral⁶. Cette affirmation supposait d'assumer un raccourci théorique en évinçant nécessairement les actes conventionnels. On peut aisément comprendre les raisons de ce rejet. La position des auteurs se prévalait de solides motifs tenant à la structuration historique du droit administratif. Construit essentiellement autour de l'acte unilatéral, il traduisait l'originalité des manifestations émanant de la puissance publique. D'un point de vue théorique, c'était sans doute là une forme de légitimation de l'existence et de l'autonomie du droit administratif. D'un point de vue pratique, cela permettait également de rendre compte d'une certaine prévalence de l'unilatéral sur le plurilatéral dans l'action administrative. Malgré ses finalités et ses mérites, cette perception doit être écartée. Il faut s'accorder sur ses défauts comme en témoignent les propos de M. Delvolvé : « par acte administratif, il faut entendre, non pas seulement l'acte unilatéral comme on le fait souvent, mais tout autant le contrat administratif, la notion d'acte couvrant toute manifestation de volonté, unilatérale ou contractuelle, produisant des effets de droit »⁷. Mais admettre que l'acte administratif ne saurait être ré-

⁴ V. pour une acception stricte, Ch. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 25.

⁵ V. part., sur la distinction entre les analyses statiques et dynamiques du droit, Ch. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *APD*, 1982, p. 169.

⁶ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, p. 9 : « l'usage s'est généralisé, sans doute à tort, de limiter l'expression « acte administratif » à l'acte administratif unilatéral, à l'exclusion des contrats » ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 1956, p. 200 ; P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 219. V. pour des illustrations, A. MESTRE, Préf. à la thèse J. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs*, th. Paris, Bernard, 1941, p. 1. En cela, on souligne souvent que la notion de contrat n'est pas « structurante » du droit public français, v. par ex., G. PELLISSIER, « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », *JCPA*, 2008 (n° 27), p. 5.

⁷ P. DELVOLVÉ, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFDA*, 2009, p. 44.

duit à l'acte unilatéral ne suffit pas ici. Encore faut-il cerner le processus de détermination du genre des conventions. Au terme de cette analyse, on pourra ainsi établir l'administrativité des conventions d'administration et envisager ces actes comme des sources indirectes de la légalité administrative. En établissant ce lien, on ne prétend pas que toutes les composantes de la légalité administrative sont des actes administratifs. Au sens strict, il en va autrement pour de nombreuses normes. Tel est le cas en particulier des règles issues du droit communautaire. Pouvant servir lors du contrôle d'un acte administratif, elles n'en deviennent pas, pour autant, elles-mêmes des actes administratifs. Il y a donc bien une dissociation à opérer ici. Seulement, le fait d'établir l'administrativité des conventions d'administration, après avoir montré les effets de droit qu'elles produisent, permet de soutenir l'idée que ces procédés forment une source indirecte de la légalité administrative (Chapitre 2).

Chapitre 1

La juridicité des conventions d'administration

517. L'abondance des conventions d'administration est vraisemblablement un gage de leur efficacité. Plus qu'une mode, la multiplication de ces procédés rend compte des effets dont les pouvoirs publics les parent. Une somme de croyances semble ainsi justifier la progression de cette technique. Cela présuppose que ces actes produisent des conséquences ou, du moins, procurent divers avantages aux parties. Toutefois, la nature des effets engendrés par les clauses des conventions d'administration reste encore discutée.

518. De toute évidence, les conventions d'administration recouvrent des effets de légitimation¹ de l'action publique. Elles reposent sur une perception stratégique où prime un souci de communication politique. Ainsi, du point de vue de la science administrative, « *la contractualisation se présente avant tout comme un discours, chargé d'idéologie* : il fait miroiter l'image de rapports exempts de contrainte et de domination, même lorsque l'État est présent ; cette représentation, qui est évidemment illusoire, sert paradoxalement de puissant instrument de légitimation des dispositifs institutionnels existants »². Il existe donc une instrumentalisation indéniable des actions conven-

¹ Lesquels peuvent être de divers ordres, v. not. P. LOKIEC, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 95 ; A. PENNEAU, « Contractualisation et recherche d'une légitimité technique », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 109.

² J. CHEVALLIER, « Conclusion », in B. Basdevant-Gaudemet, *Contrat ou institution : enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 186 (nous soulignons) ; v. aussi, J.-P. BROUANT, « Les contrats d'agglomération : l'intercommunalité de projet à l'épreuve du principe de spécialité », *AJDA*, 2004, p. 909 ; J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2009, pp. 209-210 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 343 ; L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 3 ; R. ROMI, « « Engage-

tionnelles. Une telle appréciation semble particulièrement vraie en période de crise, sociale ou économique par exemple, car un pareil contexte exacerbe le besoin de légitimité des acteurs publics³. Ces effets généraux sont sans doute primordiaux mais n'en excluent pas d'autres.

Dans le même temps, les conventions d'administration produisent des effets très concrets en influant sur le comportement des parties. Ces actes donnent d'ailleurs de bons résultats, parce qu'ils éprouvent la loyauté de leurs auteurs. Et il n'est pas rare de souligner que les objectifs assignés sont remplis. En ce sens, le président de la Section du contentieux du Conseil d'État estime que « pour les cours administratives d'appel, l'amélioration de la situation a été remarquable grâce aux contrats d'objectifs 2002-2007. Ceux-ci ont permis de désencombrer les cours et il est à noter que leurs objectifs, pourtant très volontaristes, ont été partout dépassés »⁴. La promotion des résultats atteints par ces méthodes rejoint, d'une certaine manière, une démarche garantissant leur bien-fondé : ils sont utiles en raison de leur efficacité pratique. Par là même, ces procédés n'échappent pas, eux aussi, à une quête de légitimité.

519. Au-delà de toutes ces conséquences, les conventions d'administration engendrent-elles de réels effets de droit ? La réponse apportée par la doctrine est loin d'être univoque. Longtemps, bon nombre de ces conventions ont été cantonnées dans un rôle de mise en application des politiques de planification⁵. On pouvait alors analyser, par ricochet, ces actions comme relevant du domaine du droit ; d'un droit certes prospectif mais d'un droit tout de même. Toutefois, cette utilisation s'est tarie avec la volonté d'abandonner cette méthode d'administration. Les outils conventionnels sont désormais découplés des moyens unilatéraux de planification. Par suite, la justification de la nature juridique des conventions d'administration doit être recherchée ailleurs. La tâche n'est pas aisée. Parce que les conventions d'administration ne contiennent aucune stipulation impérative, la doctrine y perçoit

ments de bonnes pratiques », et « chartes », « nouveaux » instruments de lutte contre le bruit », *LPA*, 15 août 2003 (n° 163), pp. 4-5.

³ J. HABERMAS, *Raison et légitimité. Problème de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. J. Lacoste, Payot, 1978, pp. 90-99.

⁴ B. STIRN, « Questions à... Bernard Stirn », *AJDA*, 2009, p. 1221. V. plus généralement sur cette question, Ch.-A. GARBAR, « Performance et contractualisation de l'action publique », in N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 133.

⁵ H. JACQUOT, « La planification (Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982) », *AJDA*, 1982, p. 581. V. aussi, J. VIRET, « L'expérience des contrats de plan à l'heure de la planification décentralisée », in *Vertus et limites de la décentralisation*, Bergeret, 1985, pp. 513-514.

généralement des actes dont la nature n'est pas juridique⁶. Cette opinion provient de l'idée que les contrats – en raison des droits et obligations créés par leurs clauses – produisent au contraire des effets de droit⁷. Bien que peu discutable, cette dernière affirmation ne devrait pas conduire à refuser toute valeur juridique à d'autres actes conventionnels⁸. Le fait qu'un acte ne comporte aucun énoncé impératif autorise certainement à l'exclure des actes normatifs, envisagés dans une perspective kelsénienne. Mais un tel constat ne suffit pas pour affirmer qu'il s'agit d'une manifestation hors du droit⁹. Cela requiert une investigation plus poussée, qui induit deux niveaux de questionnement.

520. En premier lieu, soutenir qu'un acte revêt une nature juridique présuppose de retenir une définition de la notion d'acte juridique. Or ce préalable est compliqué par le foisonnement des discours doctrinaux. En focalisant l'analyse sur les conséquences de droit objectives¹⁰, les divergences qui en ressortent peuvent toutes être condensées en deux courants.

D'une part, une définition commune est fondée sur le critère des « effets de droit ». On nomme alors « acte juridique la manifestation de volonté destinée et apte à produire des effets juridiques »¹¹. Cette acception aboutit à envisager largement les actes de droit. Imprécise et peu discriminante, cette définition a d'ailleurs été discutée à juste titre¹². D'autre part, un second courant retient la norme pour fondement. Celui-ci est devenu hétérogène puisque plusieurs auteurs ont apporté des nuances au schéma initial. Une perception classique réduit ainsi l'acte juridique à l'édition de normes. Duguit écrivait déjà : « est un acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique

⁶ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), spéc. p. 18. V. aussi, une autre définition, d'ordre réaliste, P.-Y. GAHDOUN, « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », *D.*, 2005, chron., p. 1520.

⁷ V. not., Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 617 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 9 ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 31.

⁸ V. pour une comparaison avec les effets juridiques déployés par les actes consultatifs, Y. WEBER, *L'administration consultative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 82, 1968, pp. 223-249.

⁹ F. COLLART DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, spéc. p. 235.

¹⁰ Ne seront pas envisagées ici les discussions sur les sources des actes juridiques, v. not., J. HAUSER, « Acte », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 7.

¹¹ Cl. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 5^{ème} éd., 1979, p. 97 ; v. aussi, J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 9.

¹² Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 371.

tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné »¹³. Si la notion de norme ne figure pas dans cette proposition, elle est bien sous-entendue par l'auteur. Mais une telle interprétation oblige évidemment à tenir compte des constructions doctrinales ultérieures. Sous cette réserve, on peut joindre la pensée duguiste à certains discours qui lui sont postérieurs¹⁴.

Une autre approche, également d'inspiration normative, intègre aujourd'hui des énoncés plus nombreux parce qu'elle conçoit l'acte moins restrictivement. M. de Béchillon admet ainsi que « l'instrumentum de l'acte juridique est le support [...] au travers duquel s'exprime une proposition [...] dont la signification peut être, soit une norme prescriptive « dure », si l'on peut y identifier un élément impératif catégorique, soit une recommandation, une prescription « douce », si sa composante impérative reste conditionnelle. L'éventualité d'une description peut être retenue, mais au premier degré seulement »¹⁵. Dès lors, cette ramification du second courant adopte une définition plus large de l'acte juridique. Celle-ci présente malgré tout une unité descriptive suffisante et correspond assez bien aux effets déployés par les conventions d'administration. Car il s'agit de prendre en considération des actes dont les énoncés sont seulement incitatifs. Voilà pourquoi cette doctrine servira de principal support pour l'analyse de la juridicité des conventions d'administration. Bien que suffisante, celle-ci pourra être utilement complétée par des références ponctuelles à la définition plus générique. On pourra ainsi souligner la diversité des effets attachés aux conventions d'administration puisque l'approche n'est plus normative. Tout effet de droit confère alors à l'acte une nature juridique.

521. En second lieu, admettre la nature juridique des conventions d'administration soulève *in fine* une difficulté plus fondamentale. Cela suppose de s'interroger sur les dimensions substantielles du droit. Car une telle proposition peut conduire à étendre la sphère des actes juridiques. L'évolution serait alors assez sensible, tout en restant raisonnable. Il n'empêche que les choix impliqués par cette étude dépendent d'une problématique ambitieuse : où doit-on situer les conventions d'administration au regard des limites du droit ?

¹³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, p. 325-326 ; L. DUGUIT, « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, pp. 320-324.

¹⁴ V. not., H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad., O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 1-10, 33-38 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, pp. 102-103. V. aussi, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 270. V. part., P. WEIL, « vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 7.

¹⁵ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 279 (souligné dans le texte). V. égal., P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, 1987, p. 334.

Pour y répondre, il faut s'entendre sur une définition admissible du droit. Il est entendu que « définir le Droit d'une manière homogène et définitive paraît impossible »¹⁶. Aussi l'intention est-elle plus modeste. Elle est simplement guidée par une visée instrumentale. En effet, le droit « n'est pas un objet naturel. C'est une abstraction, le produit d'une opération intellectuelle et il ne possède aucune propriété empirique qu'on pourrait décrire à l'aide de propositions vraies »¹⁷. En d'autres termes, « la juridicité n'est pas une qualité ou une propriété immanente des choses, elle leur est apportée de l'extérieur et elle consiste en une qualification spécifique octroyée par le droit aux objets et aux situations »¹⁸. D'où la nécessité d'opérer un choix parmi les définitions connues¹⁹. Selon la signification attachée à cet ensemble, les conventions d'administration peuvent ou non en être exclues. Par exemple, circonscrire le droit à « l'ensemble des principes et des règles à caractère normatif régissant les rapports des individus et des groupes en société »²⁰ commande de chasser de l'ordre juridique les actes conventionnels contenant des stipulations directives²¹. Ceux-ci sont alors cantonnés dans le domaine du non-droit²². Mais rapporter le droit aux techniques de « direction publique des conduites humaines »²³ permet de les y inclure puisque juridicité ne se confond plus ici avec normativité²⁴. Une chose est sûre, la détermination de la nature des conventions d'administration présuppose de retenir une définition du droit. À leur niveau, elles déplacent les lignes de démarcation de la sphère juridique ; soit elles l'enrichissent, soit elles sont abandonnées à la

¹⁶ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 19.

¹⁷ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 101. V. aussi, G. TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 93.

¹⁸ Ch. GRZEGORCZYK, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1990 (n° 11), p. 32.

¹⁹ Elles sont multiples, notamment parce qu'elles adoptent des références différentes. Certaines définitions sont fonction des régimes politiques, v. R. DAVID, « Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains », *APD*, 1963, p. 3. D'autres focalisent sur les finalités et les valeurs du droit, v. not. G. CORNU, « Le visible et l'invisible », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 27 ; v. sur le juste, M. VILLEY, « Une définition du droit », *APD*, 1959, p. 47. D'autres encore situent le droit par référence à la politique et à la morale, v. J. FREUND, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *APD*, 1971, p. 15.

²⁰ A.-J. ARNAUD, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 14.

²¹ Cette proposition n'est juste que si l'on circonscrit, comme cela est traditionnel, la notion de norme à celle d'impérativité. En revanche, elle se trouve contredite à partir du moment où une conception extensive de la norme est adoptée.

²² J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 26.

²³ P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 7.

²⁴ J. CHEVALLIER, « La normativité », in J. Chevallier (dir.), *La normativité, Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (n° 21), p. 56. V. part. aussi, G. TIMSIT, « Les deux corps du droit : Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, p. 375 et s.

sphère du non-droit. Dans cette optique, on retiendra une acception large de la notion de droit, comprenant tous les phénomènes, normatifs ou non, susceptibles de diriger les conduites des personnes juridiques.

522. Malgré des « effets juridiques limités »²⁵, les conventions d'administration produisent des conséquences tangibles de droit. Elles consistent à orienter l'action normative de l'administration (Section 2). Mais une telle conclusion s'avère partielle puisque ces actes peuvent aussi déployer des effets directs. Ils se présentent alors comme des mécanismes juridiques et participent à la structuration institutionnelle de l'administration (Section 1). Dans tous les cas, ces effets juridiques sont très divers. Ils ne se retrouvent pas systématiquement pour chaque acte.

Section 1 : Les effets juridiques directs

523. Malgré leur contenu, les conventions d'administration produisent parfois des effets juridiques directs. Cette affirmation peut surprendre à certains égards. En principe, le caractère directif des clauses chasse toute possibilité de modifier l'ordonnancement normatif. Une perception étroite des phénomènes juridiques pourrait dès lors conduire à refuser tout effet juridique direct aux conventions d'administration. Mais une perception différente est concevable. Elle s'appuie sur le fait que les stipulations ne sont pas à l'origine de ces effets. En vérité, c'est l'acte en lui-même, en tant qu'*instrumentum*, qui permet d'envisager ces conséquences de droit. Une fois valide, il commande un certain nombre de changements. Les effets ainsi déployés ne requièrent pas l'existence d'énoncés impératifs. En somme, le contenu de l'acte importe moins ici que le contenant.

La mise en exergue des effets juridiques directs suppose d'adopter une approche pragmatique de l'administration et de ses rouages. Elle implique de s'interroger sur la fonction institutionnelle des conventions d'administration. Celle-ci « a pour objet, et pour explicitation la survie et le développement harmonieux de l'Administration en tant qu'institution, c'est-à-dire en tant qu'organisation sociale ordonnée et mise au service d'un but défini »²⁶. En d'autres termes, il s'agit de comprendre en quoi ces mécanismes sont guidés par l'intention de moderniser

²⁵ A. de LAUBADÈRE, « Interventionnisme économique et contrat », *RFAP*, 1979, p. 799. V. aussi, sur les contrats de plan, Y. MADIOT, note sous l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *RFDA*, 1997, p. 344 ; J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *RFDA*, 1997, p. 340.

²⁶ Y. GAUDEMET, « Remarques à propos des circulaires administratives », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 568.

l'organisation administrative. Tel est indéniablement le cas des conventions d'administration, et cela à deux égards au moins. Cette finalité se manifeste au travers d'effets déclencheurs (Sous-section 1) et d'encadrement (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les effets déclencheurs

524. Loin d'apparaître comme les conséquences juridiques les plus significatives des conventions d'administration, les effets déclencheurs incitent néanmoins à envisager ces actes comme appartenant au domaine du droit. À ce titre, ils doivent figurer au sein de cette présentation. Il ne faut pas se cacher qu'il s'agit sans doute d'effets très modestes. On les trouve de manière sporadique au sein de l'action administrative. Et ils ne viennent pas de suite à l'esprit lorsque sont étudiés ces procédés. Malgré tout, leur existence fournit un argument supplémentaire au soutien de la valeur juridique des conventions d'administration. Cela justifie amplement qu'ils soient mentionnés, dès à présent, en raison de leurs conséquences directes. Parce qu'il peut être rattaché à des doctrines diverses, le mécanisme de déclenchement doit d'abord être précisé (§1), afin de présenter ensuite ses différentes manifestations (§2).

§1. Le mécanisme de déclenchement

525. Courante en droit, la technique de déclenchement consiste à soumettre la réalisation de certains effets juridiques à l'intervention d'une condition posée antérieurement par un texte. Il est vrai qu'elle s'avère plutôt rare en matière conventionnelle. Elle trouve dans l'édition d'actes unilatéraux des expressions plus perceptibles²⁷. Cependant, rien n'empêche *a priori* son application à l'ensemble de l'action administrative. Son mécanisme autorise même que l'acte déclencheur ne soit pas nécessairement décisoire mais une simple mesure indicative. C'est dire qu'il peut être appliqué sans limite s'agissant de la nature de la condition. Celle-ci peut d'ailleurs être aussi bien un fait qu'un acte²⁸, tout dépend du texte institutif.

526. Il convient d'abord d'en rappeler le fonctionnement général²⁹. Le mécanisme de déclenchement repose, de façon très simple, sur la réunion de deux élé-

²⁷ À cet égard, la distinction opérée entre les « contrats fiscaux » et les agréments fiscaux est édifiante, v. not., G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *D.*, 1964, chron., pp. 119-120.

²⁸ V. not., G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, Giard, rééd. Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p. 10 et s., p. 44 et s.

²⁹ V. sur la notion de « condition-modalité » et l'effectivité de l'acte, S. THÉRON, *La notion de condition. Contribution à l'étude de l'acte administratif*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001, pp. 342-371.

ments. D'une part, il requiert l'existence d'une norme de droit prescrivant au préalable le régime conditionné. D'autre part, l'application des effets juridiques doit se trouver soumise à la réalisation de la condition prévue. Il faut préciser que cette technique diffère de la théorie – notamment développée par Kelsen – sur la distinction entre les normes conditionnelles et catégoriques. Selon cet auteur, toute règle générale est nécessairement conditionnée, car elle ne peut « prescrire une certaine conduite que sous des conditions très déterminées »³⁰. De la sorte, « toute norme générale établit une relation entre deux faits, qui peut être décrite par une proposition affirmant que, *certaines conditions étant données, une conséquence déterminée doit intervenir* »³¹. Au contraire, « des normes individuelles peuvent être catégoriques, en ce sens qu'elles prescrivent, habilitent ou permettent positivement une certaine conduite d'un certain individu *sans l'attacher à une certaine condition* »³². Kelsen recourt ainsi au concept de condition afin de parfaire la distinction entre les actes dont la portée est générale ou individuelle.

S'agissant des conventions d'administration, la technique visée repose sur une ambition plus modeste. Elle ne vise pas à permettre la systématisation des objets de la théorie du droit mais à exposer les particularités d'un procédé. Pour autant, elle s'inscrit bien dans l'approche kelsénienne dans la mesure où la condition est interne à la norme initiale. Cette dernière idée ressort particulièrement d'une étude menée par M. Amselek sur la définition de l'acte juridique dans la doctrine positiviste³³. Elle apparaît aussi dans une thèse portant sur *La notion de condition dans les actes juridiques*³⁴. Or tel n'est pas le cas de toutes les doctrines livrant une lecture des normes conditionnées. Il arrive, en effet, que la condition ne résulte pas du texte mais dépende du comportement des destinataires de l'énoncé juridique. Autrement dit, elle est alors externe à l'acte. En témoigne, par exemple, la présentation établie par René Capitant de la distinction entre l'impératif objectif et l'impératif subjectif, seul le se-

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. LGDJ/Bruylant, 1999, p. 110.

³¹ *Ibid.*, p. 110 (nous soulignons). V ; égal., H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, p. 176 ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 103.

³² *Ibid.*, p. 110 (nous soulignons).

³³ P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, 1987, spéc. pp. 329-334.

³⁴ J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. Lille, 1977, p. 605 : « si l'on voulait tenter de ramasser en une seule phrase l'ensemble des traits caractéristiques de la condition, on pourrait dire que celle-ci désigne un *événement aléatoire à la réalisation future et incertaine duquel l'auteur ou les auteurs d'un acte juridique subordonne (nt) la naissance ou la disparition de tout ou partie des effets de cet acte* » (souligné dans le texte).

cond étant conditionné par le sujet³⁵. On retrouve cette idée exposée en des termes assez simples par M. de Béchillon. Cet auteur l'exprime en affirmant que « la distinction des deux types d'impératif peut [...] se résumer autour de l'idée qu'une proposition « à impératif catégorique » est obligatoire par elle-même, alors qu'une proposition « à impératif conditionnel » n'est obligatoire que si son destinataire adhère aux fins qu'elle sous-tend »³⁶. En dépit de l'intérêt que revêt cette présentation, elle n'est guère adaptée pour expliquer l'effet direct produit par les conventions d'administration lorsqu'elles jouent le rôle de condition. Voilà pourquoi la diversité des discours théorique peut constituer une source de confusions, les niveaux d'analyse sont différents.

527. Cette technique trouve un éclaircissement dans la doctrine administrative de la première moitié du XX^e siècle. Elle renvoie, sans y être identique, à la théorie de l'*acte condition* telle que l'a élaborée Duguit. Selon la présentation dressée par son concepteur, il s'agit de « la condition à laquelle est subordonnée l'application de la loi à une personne déterminée. La situation qui est faite à cette personne n'est pas déterminée par l'acte, mais par la loi et seulement par la loi, dont l'acte forme la condition d'application »³⁷. Par là même, cette doctrine ambitionnait de distinguer les *actes-conditions* des *actes-règles*. Cela ressort en particulier du *Traité de droit constitutionnel*, dans lequel Duguit estime que « tout acte à la suite duquel naît pour un individu un statut qu'il n'avait pas auparavant, rentre dans une catégorie nouvelle d'acte juridique »³⁸. Selon l'auteur, une telle déduction suppose *a contrario* l'exclusion de l'acte qui déclenche le régime statutaire de la catégorie principale des *actes-règles*.

528. Il peut paraître étonnant que cette construction ait peu suscité l'intérêt de la doctrine, et encore moins celle du juge. Jèze l'a certes utilisée pour expliciter la situation des fonctionnaires publics³⁹. Et il est vrai que Bonnard a poursuivi la classification des actes juridiques en retenant pour critère l'application conditionnée de certaines règles⁴⁰. Mais ceci n'empêche pas cette théorie d'avoir connu jusque là une postérité assez médiocre. Pour M. Amselek, l'explication est élémentaire : « ces

³⁵ R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite, l'impératif juridique*, th., Dalloz, 1928, spéc. p. 55.

³⁶ D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 192.

³⁷ L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, E. de Boccard, 1926, réimp. La mémoire du Droit, 2000, p. 78. V. aussi, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, p. 409 et s.

³⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927, t. 1, p. 328.

³⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, Giard, rééd. Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, pp. 244-254.

⁴⁰ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Delagrave, 1934, rééd. Dalloz, 2006, p. 14.

« actes-conditions » sont demeurés mal élucidés, faute d'une mise en lumière du relief exact des deux autres variétés d'actes auxquelles on les opposait »⁴¹. Cette justification est convaincante et s'impose, en fait, à tout observateur. D'une manière générale, on peut estimer, en effet, que les excès de la doctrine duguiste ont eu raison de certains développements dont l'intérêt demeure pourtant aujourd'hui. Tel est sans doute le cas de la théorie des *actes-conditions*, qui est néanmoins réapparue sous la plume d'autres auteurs.

529. Sans juger la valeur de cette construction, André de Laubadère notait par exemple « que, lorsqu'il se borne à déclencher l'application d'un statut juridique antérieurement défini par voie réglementaire, l'accord de volonté constitue un « acte-condition » mais non un contrat »⁴². Ce faisant, il admettait l'intérêt explicatif de cette théorie sans chercher à en approfondir les éléments. Il arrive encore aux membres de la doctrine de se référer parfois à cette théorie, bien qu'elle ne soit pas toujours mentionnée explicitement. Ainsi, cherchant à établir des distinctions terminologiques, M. Delvolvé y a eu recours pour définir la convention. Celle-ci, écrit-il, « produit des effets de droit, mais elle ne les crée pas par elle-même : elle déclenche l'application d'un régime juridique, comportant droits et obligations, établi par une norme [...] qui lui est antérieure et supérieure »⁴³. Cette assertion décrit assez bien ce qu'il est possible d'observer au sujet des conventions d'administration, à deux différences près. D'une part, les effets juridiques de ces actes ne se résument pas à déclencher l'application d'un régime. Selon les situations, ils peuvent déployer de nombreuses autres conséquences⁴⁴. D'autre part, le rôle conféré à ces *actes-conditions* par l'ordonnancement juridique semble moindre : ils déclenchent souvent l'application d'une norme et non d'un régime entier.

530. Ces diverses utilisations ouvrent des perspectives intéressantes pour les conventions d'administration. Car les éléments intrinsèques de ces procédés importent peu⁴⁵. En effet, quand bien même ces actes ne seraient pas regardés comme des

⁴¹ P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, 1987, p. 329. V. surtout, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, t. 2, pp. 221-223.

⁴² A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 464. V. égal., pour un bref exposé sur la notion « d'acte-condition », J.-M. TRIGEAUD, « Convention », *APD*, 1990, p. 21.

⁴³ P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 339 (nous soulignons).

⁴⁴ V. *infra*, n° 572 et s.

⁴⁵ V. en ce sens, s'agissant des « quasi-contrats », J.-A. MAZÈRES, « De quelques problèmes dominants de la planification française », *AJDA*, 1968, spéc. p. 218.

manifestations juridiques, leur signature peut fort bien être une condition produisant une conséquence de droit. La technique de déclenchement permet ainsi de relever certains de leurs effets directs. Et parce que ces conventions interviennent dans un processus normatif, cela incite à leur reconnaître une valeur juridique.

§2. La pratique du déclenchement

531. Au regard de l'action administrative, les compétences sont singulièrement intéressées par l'effet déclencheur des conventions d'administration (a). Ce premier constat tient à des motifs institutionnels et objectifs. Mais on peut aussi concevoir des hypothèses dans lesquelles ce sont des droits subjectifs qui font l'objet d'une condition d'attribution (b). Ici encore, l'élément déclencheur réside alors dans la passation d'une convention d'administration.

a) Le déclenchement de compétences

532. Dans des hypothèses peu fréquentes, il arrive que les conventions d'administration servent à déclencher l'attribution d'une compétence. Les illustrations de cet effet de droit ne sont guère nombreuses. Elles confirment cependant la possibilité théorique d'envisager ces actes comme des conditions juridiques. Cela vaut en particulier pour les sociétés liées à l'État par la signature d'un contrat de plan. En ce sens, l'article 3 d'un décret du 24 janvier 1995 prévoit que « *Jusqu'à la conclusion d'un contrat de plan [...], les tarifs de péages sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'équipement, après consultation de la société concessionnaire concernée* »⁴⁶. *A contrario*, dès lors qu'un tel contrat est conclu entre cette personne privée et l'État, l'habilitation à réglementer la tarification des péages se trouve transférée à la seule société. Au précédent mécanisme, soumettant à consultation les prix déterminés conjointement par les ministres, est alors substituée une compétence au profit de l'entreprise. Par suite, cette dernière a juste l'obligation de déposer auprès des autorités administratives le règlement tarifaire. Et ce document ne sera applicable qu'après l'expiration d'un délai d'un mois à compter du dépôt. Le Conseil d'État a explicité ce mécanisme à quelques reprises en confirmant, pour cette situation, la nature d'*acte-condition* du contrat de plan. Ainsi, pour établir la compétence d'une société autoroutière, il a jugé qu'il « est constant que l'État et la Société des Autoroutes du Sud de la France étaient liés par un contrat de plan ; que, *dès lors*, la Société des Autoroutes du Sud de

⁴⁶ Art. 3 du décret n° 95-81 du 24 janv. 1995 relatif aux péages autoroutiers, *JORF*, 26 janv. 1995, p. 1406 (nous soulignons).

la France était compétente pour fixer les tarifs de péages de l'autoroute »⁴⁷. La décision rendue par le juge administratif est limpide et n'appelle pas une analyse détaillée. La convention d'administration joue bien le rôle de condition pour le déclenchement d'une habilitation prévue par un décret.

533. Le déclenchement de compétences par la signature d'une convention d'administration s'avère, on le perçoit, profondément différent de la passation d'un contrat pour déterminer les modalités d'un transfert de compétences⁴⁸. Pour s'en persuader, il suffit de se reporter au Code de l'action sociale et des familles. Son article L. 121-6 dispose ceci : « par convention passée avec le département, une commune peut exercer directement tout ou partie des compétences qui, dans le domaine de l'action sociale, sont attribuées au département [...]. *La convention précise l'étendue et les conditions financières de la délégation de compétence, ainsi que les conditions dans lesquelles les services départementaux correspondants sont mis à la disposition de la commune* »⁴⁹. Le procédé prescrit par ce texte est somme toute classique. Il s'agit d'autoriser une collectivité à exercer des compétences, que la loi a attribuées à une autre collectivité, par la conclusion d'un accord⁵⁰. De la sorte, les parties s'entendent tant sur le principe du transfert que sur ses modalités. En aucune façon l'acte ne déclenche ici l'attribution de compétences déterminées antérieurement. Les parties créent elles-mêmes ce transfert, comme elles y sont habilitées par la loi.

534. Une dernière hypothèse met bien en perspective l'effet déclencheur. Elle consiste simplement à renvoyer la détermination des modalités d'exercice d'une compétence à la signature d'une convention. Il en va ainsi pour le recrutement du personnel d'un établissement d'enseignement regroupant un collège et un lycée⁵¹, ou encore pour la gestion des fonds de l'Établissement public des fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique. Dans ce dernier cas, cette personne publique doit passer une convention, dont la durée ne peut excéder cinq années, avec la Caisse des dépôts et consignations pour l'administration comptable et financière de ses fonds⁵².

⁴⁷ CE, 27 juill. 2001, *époux Millet, Rec.*, tab., p. 890 (nous soulignons) ; v. auparavant, CE, 14 avr. 1999, *M. X.*, req. n° 189397.

⁴⁸ Comme il diffère d'ailleurs plus largement de l'utilisation du contrat comme moyen d'exercice des compétences, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 18-34. V. aussi, J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 231.

⁴⁹ Art. L. 121-6 du Code de l'action sociale et des familles (nous soulignons).

⁵⁰ V. not., une autre illustration s'agissant d'une compétence étatique d'attribution d'aides financières dans le cadre d'une politique d'accès au logement, Art. L. 301-5-1 du Code de la construction et de l'habitation.

⁵¹ Art. L. 216-4 du Code de l'éducation.

⁵² Art. R. 3417-21 du Code de la défense.

Là aussi, l'acte ne sert pas à déclencher l'application d'une norme juridique. Il intervient seulement pour préciser l'octroi d'une compétence. Ainsi, le processus employé suggère bien la présence de stipulations obligatoires⁵³, même s'il contient aussi de purs objectifs dépourvus de caractère contraignant⁵⁴. En tout état de cause, le caractère non-impératif des stipulations des conventions d'administration empêche qu'elles soient utilisées pour établir de pareilles opérations. Elles se bornent uniquement à déclencher l'application d'une norme. C'est dans cette restriction que tient la spécificité de ce procédé.

535. Tous ces effets juridiques révèlent une participation originale des conventions d'administration à l'organisation de l'action publique. Ces actes entrent ainsi dans le processus d'attribution des compétences. Ils concourent à la distribution des habilitations et permettent même leur externalisation au profit de personnes privées. C'est pour les pouvoirs publics une manière de s'assurer que les sociétés sont prêtes à jouer le jeu : elles consentent à tenir compte des exigences de l'intérêt général tout en poursuivant leurs propres intérêts. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre sur l'intérêt pratique de cette méthode. Sa particularité est largement pondérée par sa rareté. Cela vaut à l'identique s'agissant du déclenchement de droits, quoique la finalité recherchée soit différente.

b) Le déclenchement de droits

536. Tandis que le déclenchement de compétences est marqué par une approche objective, la mise en œuvre de cette technique pour la reconnaissance d'un droit recouvre une tout autre perspective. Celle-ci est liée au sujet. Or la subjectivité de ce processus justifie certaines dissemblances, qui n'ont cependant pas pour effet de remettre en cause le principe même de déclenchement. Il s'agit juste d'une différence d'application. Celle-ci vise à tenir compte de la nature du droit conféré ou de la garantie instaurée⁵⁵. Pour l'apprécier, on peut se référer au rôle potentiellement dévolu aux conventions d'administration pour l'attribution d'une subvention.

⁵³ Art. R. 3417-24-2° à R. 3417-24-4° du Code de la défense.

⁵⁴ Art. R. 3417-25 du Code de la défense : « La convention définit en outre les objectifs pluriannuels de la gestion administrative [...] et les actions mises en œuvre à ces fins par les signataires ».

⁵⁵ En ce sens, la conclusion d'un contrat de plan peut avoir pour effet de soumettre une décision ne respectant pas ses objectifs à une procédure d'étude d'impact. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un droit mais d'une garantie que l'on peut rapprocher de l'hypothèse étudiée ici. V. dans sa version initiale, l'art. 29 de la loi n° 95-115 du 4 févr. 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, 5 févr. 1995, p. 1973 : « Toute décision de réorganisation ou de suppression d'un service aux usagers par les établissements, organismes et entreprises mentionnés à l'alinéa précédent doit, si elle n'est pas conforme aux objectifs fixés dans les contrats de plan ou de service public, être précédée d'une étude d'impact ».

537. En ce sens, le législateur a prévu au sein du Code de la santé publique⁵⁶ une procédure soumettant le versement d'une subvention à la signature d'une convention. Selon les termes de l'article L. 1435-3 de ce texte, « le versement d'aides financières ou de subventions [aux] services de santé par les agences régionales de santé *est subordonné à la conclusion d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens* »⁵⁷. La passation de l'acte apparaît ainsi comme la condition ouvrant le droit de percevoir une somme d'argent, sans toutefois que le montant ne soit définitivement précisé. Pour mieux cerner ce mécanisme, on peut observer son application par les établissements de santé.

À cet égard, une circulaire ministérielle énonce que « pour chaque projet, une convention, qui comporte des engagements juridiques, techniques et financiers, sera signée entre le bénéficiaire et l'ARH. *Il s'agit de déterminer les conditions de mise en œuvre des moyens par le contractant et de fixer ses obligations de résultats, particulièrement les gains d'efficience attendus* »⁵⁸. Ces directives confirment le sentiment laissé par un décret antérieur⁵⁹. Le procédé est envisagé ici comme un authentique contrat puisqu'il prévoit des obligations. De plus, ses stipulations précisent toutes les modalités du versement, y compris le montant maximal de la subvention. Par conséquent, en dépit de ses ressemblances avec le déclenchement de droits par une convention, ce mécanisme s'en distingue visiblement. Il se rapproche, en revanche, de méthodes équivalentes en droit privé touchant les contrats collectifs⁶⁰. C'est donc avec précaution qu'un parallèle peut être dressé car tout ceci rend imparfaitement compte des possibilités liées à la nature des conventions d'administration.

538. Ajoutons à cela que la condition de versement d'une subvention ne réside pas toujours dans la conclusion d'un acte. Il arrive qu'elle tienne dans la réalisation des objectifs que les parties y ont fixés⁶¹. Plus répandue, cette méthode assure

⁵⁶ Art. 118 de la loi n° 2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juill. 2009, p. 12184.

⁵⁷ Art. L. 1435-3 du Code de la santé publique (nous soulignons).

⁵⁸ §3.2 de la circulaire n° DHOS/E1/F2/O3/2009/292 du 21 sept. 2009 relative au financement par le fond pour la modernisation des établissements de santé publics et privés de projets visant à favoriser les coopérations entre établissements de santé (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr) (nous soulignons).

⁵⁹ Art. 8-2 du décret n° 2001-1242 du 21 déc. 2001 relatif au fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés, *JORF*, 23 déc. 2001, p. 20478.

⁶⁰ B. TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), pp. 112-113.

⁶¹ É. GINTRAND et G. GOUAISLIN, « La contractualisation des subventions publiques », *DA*, 1998, chron. 9, p. 7.

en pratique une meilleure efficacité au processus. Il appartient alors aux sujets de mettre en œuvre de bonne foi les directives qui figurent dans les stipulations conventionnelles. Car ni la signature de l'acte ni la teneur de ses clauses ne suffisent pour déclencher le versement des sommes attendues. Ainsi, s'agissant du contrat territorial des « grands lacs du Morvan », a-t-il été rappelé que « durant la mise en œuvre du contrat, l'Agence apporte une subvention de 50%. *Le versement des aides de l'Agence se fera au vu du rapport d'activité annuel et de la production des tableaux de bord* »⁶². De cette précision, il s'ensuit que les auteurs font dépendre l'attribution de l'aide de la satisfaction des clauses conventionnelles.

539. Une fois encore, ce n'est donc pas l'acte conventionnel qui confère directement la subvention. La convention d'administration est uniquement la condition qui, le cas échéant, ouvre le droit à l'attribution d'une aide financière. Aussi, il faut souligner que l'autorité administrative demeure libre de verser ou non la subvention. C'est là une différence notable vis-à-vis du déclenchement de compétences. Dans la présente hypothèse, il n'y a pas d'automatisme entre la conclusion de l'acte et les effets juridiques. Cela n'empêche pas la convention de jouer le rôle de condition, mais elle est simplement une étape pour le versement de la somme escomptée. Elle est en quelque sorte une *condition conditionnelle*, parce qu'elle-même soumise à certaines exigences postérieures pour atteindre le résultat souhaité. Voilà pourquoi l'effet juridique produit doit être nuancé : la signature ouvre la possibilité de percevoir la subvention sans toutefois donner une quelconque garantie à ce sujet.

On peut le confronter à un mécanisme plus ambitieux qui subordonnerait uniquement à la passation d'une convention d'administration le versement d'une aide ou l'attribution d'une autorisation. Celui-ci offrirait l'intérêt de préserver l'intégralité des compétences reconnues aux autorités puisque tous les points seraient fixés en amont. En d'autres termes, ce mécanisme ne conduirait pas à renvoyer aux parties la détermination de certains éléments relevant de l'autorité qui institue le procédé de déclenchement. Son principal défaut résiderait, en revanche, dans la réalisation incertaine des objectifs contenus dans la convention. La seule signature de l'acte suffirait à déclencher le droit mais la réalisation de la contrepartie attendue demeurerait incertaine.

540. Parmi les effets directs déployés par les conventions d'administration, le déclenchement de droits ou de compétences demeure, en somme, un phénomène

⁶² Bilan du Contrat territorial des « grands lacs du Morvan », établi au 15 juill. 2008, p. 102 (document consulté sur le site www.parcumorvan.org).

sporadique. Théoriquement concevables, dès lors qu'ils n'aboutissent pas à dessaisir de leurs attributions les entités qui les prévoient⁶³, ces mécanismes sont peu mis en pratique par le législateur ou les entités administratives. Il semble que cela résulte de la prédominance des moyens d'autorité dans ces situations. Par définition, et quoiqu'elle fasse parfois l'objet d'un accord, l'attribution d'une compétence ou d'un droit suppose l'édition d'un énoncé impératif⁶⁴. On peut donc comprendre que les conventions d'administration soient peu utilisées dans ces cas et réservées à d'autres applications. En attestent les effets d'encadrement qu'elles produisent. La nature de leurs stipulations correspond tout à fait à ce rôle. Voilà pourquoi il s'agit, pour l'essentiel, des conséquences directes engendrées par ces actes.

Sous-section 2 : Les effets d'encadrement

541. De nombreuses études mettent en exergue les effets d'encadrement que recouvrent certaines conventions. Cela ressort notamment de plusieurs recherches typologiques. Il en va ainsi du rapport public rendu en 2008 par le Conseil d'État dans la mesure où les fonctions organisationnelles⁶⁵ des contrats y sont mentionnées. On y apprend que « le contrat sert essentiellement à organiser des relations horizontales ou transversales de coopération à l'intérieur de la sphère publique ou entre la sphère publique et son environnement »⁶⁶. Cette appréciation se fait l'écho de la doctrine administrative qui évoque des « contrats d'encadrement » définissant des règles générales⁶⁷. Elle peut servir de trame pour les développements suivants. Toutefois, une pareille assertion vise de multiples relations.

⁶³ B. TEYSSIE, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 112.

⁶⁴ V. not., H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 133-137.

⁶⁵ D'une façon générale, est parfois évoquée la mise en réseau des acteurs par le recours aux actes conventionnels. Ainsi, s'agissant des contrats de site et des conventions de revitalisation, v. B. BRASSENS et autres, *Rapport sur les dispositifs de revitalisation territoriale, contrats de site, convention de revitalisation*, Inspection générale des affaires sociales, oct. 2006, p. 22 et s. ; v. aussi, H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 270-297 ; Ph. LERUSTE, « Les contrats d'aménagement de villes moyennes », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4234 à 4236, pp. 41-62.

⁶⁶ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 135.

⁶⁷ V. part., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., pp. 68-78 ; Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 180 et s. On retrouve cette idée en filigrane au sein du *Traité des contrats administratifs*, v. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 452-460. V. aussi, P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 349.

542. À ce titre, une vision étriquée associe parfois la conclusion de conventions au mouvement de décentralisation. Ces procédés existent pourtant dans bien d'autres situations⁶⁸. En revanche, il faut reconnaître que les contextes juridiques influent sur l'utilisation des conventions d'administration. Certes, elles ont toujours vocation à encadrer des rapports entre des entités. Elles contribuent en cela à améliorer le fonctionnement des administrations⁶⁹. Néanmoins, leurs effets varient de façon significative en fonction des outils juridiques à la disposition des parties en dehors de la relation conventionnelle. De sorte que l'encadrement des conventions d'administration revêt une utilité plus ou moins grande. Aussi convient-il d'ordonner ces encadrements selon qu'ils sont établis entre des sujets (§1), ou au sein d'un même sujet (§2).

§1. L'encadrement entre des sujets

543. L'organisation des institutions publiques incite à distinguer les effets d'encadrement selon les sujets concernés. Cela est envisageable en opérant une partition fondée sur la présence ou non d'une tutelle. Car, selon toute vraisemblance, l'emploi des conventions d'administration subit des contraintes singulières lorsque les parties sont liées par une relation tutélaire. *A priori*, on commettrait ainsi une erreur en assimilant toutes les hypothèses. Tandis que l'encadrement semble largement accessoire quand existe un pareil contrôle (a), il est essentiel en son absence (b).

a) Un moyen accessoire d'une relation tutélaire

544. La signature de conventions entre des personnes liées par une relation tutélaire provient rarement d'une quelconque nécessité. Ce phénomène est plutôt le résultat de la volonté des acteurs. Il apparaît ainsi tantôt comme un complément à l'existence de la tutelle (1°), tantôt comme un palliatif à l'allègement de la tutelle (2°).

1° Un complément à l'existence de la tutelle

545. Spontanément, l'existence d'une tutelle administrative entre deux sujets de droit pourrait donner à penser que toute relation conventionnelle est inenvisageable. Il est du moins légitime de s'interroger sur l'intérêt même de signer un tel

⁶⁸ V. surtout., J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), pp. 82-83 ; v. aussi, J.-F. DAVIGNON, « L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local », *CMP*, 2007, étude 12, p. 54 ; Ph. LAGRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA*, 2000, chron. 6, p. 7.

⁶⁹ Th. TANQUEREL, « L'offensive du contrat dans le droit administratif suisse », *AJDA*, 2006, p. 393.

acte dans ce contexte juridique. En bref, la tutelle ne devrait-elle pas logiquement chasser la convention ? Bien qu'une réponse négative s'impose, la pertinence de cette interrogation se trouve confortée par deux arguments principaux. D'une part, une perception historique de la tutelle l'associe traditionnellement aux procédés unilatéraux⁷⁰. Contrôle exercé sur des entités décentralisées⁷¹, elle assure l'unité de l'État au-delà de la volonté d'organiser, tant territorialement que fonctionnellement, l'action publique. Certes, sa mise en œuvre suggère une dose de liberté au profit de la personne contrôlée, ce qui la distingue profondément d'une relation de subordination. Il n'en demeure pas moins que le procédé conventionnel est longtemps apparu comme étranger aux techniques classiques de la décentralisation⁷². D'autre part, la tutelle ne correspond guère à la réciprocité supposée par l'acte conventionnel. Elle implique au contraire une dépendance de l'entité contrôlée vis-à-vis de l'autorité de tutelle, laquelle exerce une action à sens unique. Dès lors, la possibilité de passer une convention dans une semblable hypothèse était incongrue.

546. Pourtant, le procédé conventionnel s'est bel et bien développé dans ce milieu peu propice à son émergence. Cela résulte de la combinaison de divers facteurs. Depuis plusieurs décennies, les effets de la tutelle ont subi des aménagements pratiques⁷³. Cette évolution a ouvert des perspectives pour la conclusion de conventions entre l'autorité de tutelle et l'entité contrôlée, malgré la pérennité des modalités habituelles de contrôle⁷⁴. Par exemple, s'il est vrai que les agences régionales de la santé disposent d'un pouvoir d'approbation s'agissant des décisions financières des établissements publics de santé⁷⁵, cette prérogative ne conduit pas à proscrire toute

⁷⁰ S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 142, 1982, pp. 127-178, spéc. pp. 219-220 et pp. 413-417. V. aussi, F. JULIEN-LAFERRIERE, « Contractualisation versus institutionnalisation de l'action publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 53 et s.

⁷¹ V. sur l'association entre la notion de décentralisation et le contrôle de tutelle, S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 142, 1982, pp. 53-69.

⁷² V. part., J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 113 et s.

⁷³ V. déjà, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 92 et s.

⁷⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 431. V. par ex., sur les modalités anciennes de mise en œuvre du pouvoir d'approbation dont dispose une autorité de tutelle sur un établissement de santé, CE, 9 juin 1982, *Centre hospitalier régional de Besançon*, *Rec.*, p. 214 ; CE, 11 janv. 2002, *Richon*, *Rec.*, tab., p. 934.

⁷⁵ Art. L. 6141-1 du Code de la santé publique ; et, plus spécifiquement, les art. R. 6145-28 et s. du Code de la santé publique.

relation conventionnelle entre ces entités⁷⁶. De même, la tutelle de l'État sur un institut de recherche n'empêche aucunement la signature d'un contrat d'objectifs et de moyens⁷⁷. Il faut rappeler au demeurant que la relation tutélaire dépend des textes. Elle ne vaut que dans le cadre tracé par leurs dispositions⁷⁸. Au-delà, le principe reste celui de l'autonomie des autorités décentralisées. C'est pourquoi M. Gaudemet estime que « la tutelle n'est qu'un pouvoir de contrôle limité dans son domaine, dans ses modalités et dans son objet »⁷⁹. Au surplus, il existe une graduation au sein du contrôle exercé selon la personne visée. On peut alors concevoir sans peine des matières au sujet desquelles la conclusion de conventions d'administration ne se heurte guère aux pouvoirs de tutelle de l'une des parties sur l'autre.

547. Aussi les conventions fleurissent-elles alors même que les parties sont liées par une relation tutélaire. Pour en rendre compte, il suffit de mentionner quelques illustrations significatives parmi de très nombreuses. L'État est de plus en plus enclin à définir des orientations avec ses établissements publics, préconisant ainsi « une logique d'encadrement pluriannuelle et concertée des orientations »⁸⁰. En témoignent les contrats d'objectifs et de moyens signés avec l'Institut national de l'audiovisuel⁸¹, l'Institut national de la recherche agronomique⁸², l'Institut national de l'environnement industriel et des risques⁸³, l'Office national des forêts⁸⁴, le Centre national d'études spatiales⁸⁵, ou encore le Commissariat à l'énergie atomique

⁷⁶ Art. L. 6114-1 et s. du Code de la santé publique : « L'agence régionale de santé conclut avec chaque établissement de santé ou titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 6122-1 un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens d'une durée maximale de cinq ans. Lorsqu'il comporte des clauses relatives à l'exécution d'une mission de service public, le contrat est signé pour une durée de cinq ans ».

⁷⁷ Art. 2 du décret n° 2007-1384 du 24 sept. 2007 portant création de l'Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace, *JORF*, 26 sept. 2007, p. 15760.

⁷⁸ V. parmi d'autres illustrations, CE Sect., 17 mars 1972, *Mme Figaroli, Rec.*, p. 224.

⁷⁹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 119.

⁸⁰ L. JOUDON, « Le contrat de plan entre l'État et Électricité de France », *CJEG*, 1993, p. 348.

⁸¹ Contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014.

⁸² Contrat d'objectifs et de moyens conclu par les deux ministres de tutelle et la présidente directrice générale de l'Institut national de la recherche agronomique le 3 octobre 2006 entre l'État et l'INRA pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.inra.fr).

⁸³ Contrat d'objectifs conclu le 5 septembre 2006 entre l'État et l'Institut national de l'environnement industriel et des risques pour une période allant de 2006 à 2010 (document consulté sur le site www.ineris.fr).

⁸⁴ V. pour une illustration ancienne, Ch. DEREIX et S. GOUIN, « Jusqu'à l'An 2000, un nouveau contrat d'objectifs État-ONF », *RFFP*, 1995 (n° 52), p. 157.

⁸⁵ Contrat d'objectifs conclu le 26 octobre 2010 entre l'État et le Centre national d'études spatiales pour une période allant de 2011 à 2015.

et aux énergies alternatives⁸⁶. En attestent également le contrat de performances passé avec le Musée du Louvre⁸⁷, celui relatif à l'établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées⁸⁸, ou encore le contrat pluriannuel d'objectifs et de performance conclu avec l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances⁸⁹. De ce bref inventaire, on peut déduire que les conventions sont devenues un mode ordinaire pour encadrer les relations entre une autorité de tutelle et les entités qu'elle contrôle.

548. L'originalité de cette pratique invite néanmoins le juge à adopter une attitude sceptique. Déjà, s'agissant des contrats de programme autrefois signés entre l'État et les entreprises du secteur public⁹⁰, un auteur soulignait que leur contenu avait été « réduit [par le Conseil d'État] à une simple formulation des orientations de l'autorité de tutelle »⁹¹. Les procédés contemporains s'inscrivent dans cette lignée. Et le juge serait sans doute tenté de leur appliquer le même traitement. Mais il faut tirer toutes les conséquences juridiques de ces instruments. Cela suppose alors de tenir compte de leurs effets d'encadrement des rapports institutionnels. Dans cette mesure, il est possible de les ranger parmi les conventions d'administration puisqu'ils ne comportent pas de stipulations impératives. Toutefois, l'étude de tous ces documents révèle que leurs clauses n'établissent pas, ou faiblement, des directives à l'endroit des deux parties. La plupart du temps, il s'agit de solenniser des objectifs auxquels consent l'entité soumise à la tutelle. C'est pourquoi le critère de réciprocité ne semble pas toujours rempli et, par conséquent, la nature de l'acte paraît incer-

⁸⁶ Contrat d'objectifs conclu le 5 juillet 2006 entre l'État et le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.cea.fr).

⁸⁷ Contrat de performance entre l'État et le musée du Louvre, conclu le 11 juillet 2006 pour une période de deux années (document consulté sur le site www.louvre.fr) ; v. aussi, le contrat de performance entre l'État et l'établissement public de Versailles, conclu au mois de juillet 2008.

⁸⁸ Art. 4 du décret n° 2011-52 du 13 janv. 2011 relatif à l'établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées, *JORF*, 14 janv. 2011, p. 798.

⁸⁹ Art. R. 121-13 du Code de l'action sociale et des familles : « La tutelle de l'Etat sur l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances mentionnée à l'article L. 121-14 est exercée par le ministre chargé de la ville. Un contrat pluriannuel d'objectifs et de performance est conclu avec l'Etat pour la mise en œuvre de ses missions ».

⁹⁰ Au sujet desquels, on avait pourtant pu écrire avec raison qu'ils constituaient un « indice de l'évolution des rapports entre l'État et le secteur public » (Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, p. XXIII). V. aussi, Ph. COMTE, « Un espoir pour les entreprises publiques : les contrats de programme », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4167-4168 ; G. LESCUYER, « Le contrat de programme d'Électricité de France », *CJEG*, 1971, spéc. pp. 35-36 et 38-43.

⁹¹ D. BROUSSOLE, « Conventions entre personnes publiques et décentralisation », *AJDA*, 1989, p. 751 ; v. aussi, S. TSOULIDES, « Les contrats de plan État - entreprises publiques », *Les cahiers du droit et jurisprudence*, 1986, t. 1, p. 132.

taine. Ces ambiguïtés proviennent assurément du rapport tutélaire entre les parties. Il en résulte une utilisation singulière du procédé conventionnel qui requiert une identification de la nature de l'acte au moyen d'une analyse matérielle.

549. Une fois relevées les difficultés inhérentes à l'utilisation des conventions d'administration pour encadrer une relation tutélaire, son intérêt doit être discuté. Faut-il y percevoir un moyen dont le but consisterait à accompagner l'atténuation progressive de la tutelle ? En d'autres termes, permettrait-il une plus grande autonomie des personnes soumises au contrôle⁹² ? Nul doute que l'importance stratégique⁹³ de ces actes n'est pas doublée d'effets juridiques majeurs. L'essor des conventions d'administration entre l'État et ses établissements ne suffit pas à provoquer des évolutions institutionnelles. En revanche, il s'agit peut-être d'un procédé facilitant ces modifications. Pour preuve, le contrat de service public conclu entre l'État et La Poste couvre une période durant laquelle cet organisme a été transformé en société⁹⁴. Il a dès lors accompagné le changement de statut opéré par l'entreprise. Cette hypothèse n'est pas isolée et appelle une réserve : une même convention d'administration peut vraisemblablement s'appliquer sans tenir compte du changement de nature du sujet contrôlé. On peut donc s'interroger sur l'importance du lien tutélaire pour l'analyse de l'acte. Il reste que ces actes sont symboliques des métamorphoses subies par les outils juridiques.

550. Assez paradoxalement, la conclusion de conventions apparaît comme un moyen d'exercer la tutelle, ou plutôt de la « renouveler »⁹⁵. De ces procédés naît un contrôle discret. Ils élargissent la gamme des instruments à la disposition de l'autorité de tutelle puisqu'ils formalisent notamment un droit de regard *a priori*. En témoignent de nombreux documents rédigés par les administrations. Il en va ainsi

⁹² V. en ce sens, la circulaire du 26 juill. 1995, *JORF*, 28 juill. 1995, p. 11217.

⁹³ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 81.

⁹⁴ Contrat de service public entre La Poste et l'État, 2008-2012 (document consulté sur le site www.laposte.fr).

⁹⁵ P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 9. V. aussi auparavant, Ph. COMTE, « Premier bilan d'une réforme : la S.N.C.F. au terme de la période d'épreuve (1970-1973) », *AJDA*, 1973, pp. 455-458 ; J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 133 ; J.-P. DUBOIS, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 143, 1982, pp. 279-283 ; H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 381-392. Parfois, certains procédés conventionnels sont même perçus comme renforçant le contrôle de l'État, v. en ce sens, J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 949. Et v., pour un rapprochement avec l'action unilatérale, S. LOUIS et E. MERLE, « L'expérience des contrats des contrats de plan », *ACL*, 1987 (n° 7), p. 47 et s. ; G. MELLERAY, *La tutelle de l'État sur les communes*, th., Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1981, p. 379.

d'un bilan dressé au sujet de l'activité de l'Institut Supérieur de l'Aéronautique et de l'Espace. Parmi les principes fondamentaux de sa gestion, le rapport note son autonomie sous la tutelle du ministre de la défense « exercée par la Délégation Générale pour l'Armement, en particulier à travers le contrat d'objectifs et de moyens »⁹⁶. Ces conventions apparaissent, dès lors, pour les acteurs comme des outils accessoires. Elles sont censées permettre une gestion plus souple des organismes soumis à la tutelle en conférant, en théorie au moins⁹⁷, un degré d'autonomie adapté. Fort logiquement, ces méthodes d'encadrement sont plus présentes encore lorsque la relation tutélaire est très estompée.

2° Un palliatif à l'allègement de la tutelle

551. Malgré les formules législatives⁹⁸, la doctrine admet généralement que la tutelle exercée par l'État sur les collectivités territoriales n'a pas été supprimée. Elle a subi, en revanche, des allègements notables⁹⁹. En particulier par l'institution du délégué préfectoral, qui compense la disparition du pouvoir d'annulation naguère attribué au représentant de l'État dans le département¹⁰⁰. Il s'agit d'un mouvement ancien et constant visant à circonscrire les moyens tutélaire, dont l'intensité juridique s'amenuise peu à peu. Parmi ces évolutions, les conventions d'administration peuvent contribuer utilement à la modification des relations entre l'autorité de tutelle et la personne contrôlée. Toutes proportions gardées, elles pallient les inflexions dont pâtiennent les pouvoirs classiques de tutelle.

⁹⁶ Direction de la recherche et des ressources pédagogiques de l'Institut Supérieur de l'Aéronautique et de l'Espace, *Bilan de l'activité de recherche et des résultats obtenus par l'unité*, 2009, p. 3 (document consulté sur le site www.isae.fr). (nous soulignons).

⁹⁷ V. pour un jugement critique dans le domaine de la santé, P. LIGNEAU, « Aux frontières du service public hospitalier : la nouvelle nébuleuse des structures de santé privées », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 501. V. aussi, plus largement, Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, pp. 180-181 ; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Contractualisation versus institutionnalisation de l'action publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, pp. 53-56.

⁹⁸ V. spéc., la Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.

⁹⁹ V. not., S. REGOURD, « La prétendue suppression de la tutelle », *RA*, 1982, p. 613 ; v. pour une vue historique de cette question, F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française (du XVIII^e au XX^e siècle)*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 1989, pp. 226-229.

¹⁰⁰ V. not., sur ces questions, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 413-415 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, pp. 149-156 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 118-120. V. aussi, J.-Cl. HÉLIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? », *Pouvoirs*, 1992 (n° 60), pp. 115-122.

552. Premièrement, ce rôle se justifie par la nature du procédé. La politique de contractualisation « permet d'organiser [les] rapports avec une grande souplesse, toutes particularités pouvant être prises en considération et les stipulations contractuelles pouvant leur être ajustées »¹⁰¹. Ainsi, les conventions d'administration tiennent compte des spécificités propres à chaque institution. Cela permet d'adapter le contrôle opéré selon les situations. Dans cette mesure, le procédé conventionnel correspond bien aux nécessités de l'ancienne tutelle, laquelle ne saurait être actionnée par des moyens de portée générale. Il présente au surplus l'avantage, selon ses partisans, d'évincer les instruments de commandement afin d'en privilégier d'autres, caractérisés par des énoncés plus flexibles.

Les contrats de projets symbolisent à eux seuls l'adaptation et la souplesse des conventions d'administration pour encadrer les relations entre l'État et les collectivités territoriales. En confrontant plusieurs documents, on s'aperçoit de l'attention portée aux spécificités de chaque région. Il est vrai que tous ces actes répondent à un agencement similaire. Des volets stratégiques se retrouvent ainsi systématiquement et sans aucune considération pour la partie régionale. En témoignent les « grands projets » relatifs à la compétitivité et à la recherche¹⁰². Toutefois, le contenu des clauses varie en fonction des objectifs respectifs des personnes publiques signataires. Il traduit à l'évidence leur situation économique, sociale, démographique ou encore géographique. Par exemple, le « grand projet n° 8 » du contrat liant la région Rhône-Alpes est consacré à « créer l'espace de restitution de la grotte Chauvet »¹⁰³. De même, le « grand projet n° 4 » du contrat de la région Bretagne vise à « développer une politique maritime intégrée »¹⁰⁴. Tout ceci dénote à l'évidence la prise en compte des spécificités régionales. Cette démarche représente un effort de territorialisation qui correspond bien aux caractères de l'action conventionnelle. Assurément, tel ou tel objectif ne serait pas approprié à l'ensemble des collectivités régionales.

553. Secondement, les transferts de compétences qui ont accompagné les allègements successifs du contrôle favorisent le recours aux conventions. Ainsi que l'écrivait dès 1984 M. Moderne, « la politique de décentralisation, dans son volet

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 438-439. V. aussi, J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2009, spéc. p. 157.

¹⁰² V. not., le contrat de projets Rhône-Alpes 2007-2013, signé le 20 mars 2007 (p. 16 et s.) ; le contrat de projets Picardie 2007-2013, signé le 6 avril 2007 (p. 19 et s.) ; le contrat de projets Limousin, signé le 12 février 2007 (p. 10 et s.) ; le contrat de projets Basse-Normandie, signé le 6 mars 2007 (p. 12 et s.).

¹⁰³ « Grand projet n° 8 » du contrat de projets Rhône-Alpes 2007-2013, signé le 20 mars 2007, pp. 47-50.

¹⁰⁴ « Grand projet n° 4 » du contrat de projets Bretagne 2007-2013, signé le 12 avril 2007, pp. 36-40.

transfert de compétence de l'État aux collectivités secondaires, s'accompagnera selon toute probabilité d'un développement important du procédé contractuel¹⁰⁵. Cette appréciation se justifie par la cohérence systémique des relations entre les acteurs publics. L'augmentation des compétences au profit des collectivités territoriales et l'atténuation des pouvoirs de tutelle manifestent, en effet, la volonté de conférer plus de liberté à ces entités. Un tel mouvement emporte aussi de nouvelles responsabilités. Dans cette optique, l'outil conventionnel semble le plus adéquat. Le maintien d'actions strictement unilatérales n'aurait pas été en concordance avec l'ensemble de ces évolutions. Au demeurant, les procédés conventionnels préservent l'influence de l'État sur les objectifs définis par les collectivités¹⁰⁶, sans que l'on puisse conclure à l'existence d'une tutelle indirecte¹⁰⁷. C'est là une raison supplémentaire d'en préconiser la signature.

554. Ces deux motifs conduisent à envisager les conventions d'administration comme des substituts partiels aux outils traditionnels de la tutelle¹⁰⁸. Affirmer cela ne revient pas à porter un jugement de valeur sur les mérites de cette évolution¹⁰⁹. À bien des égards, il est d'ailleurs possible d'être réservé, voire critique¹¹⁰, au sujet de l'efficacité de ces actions. Le propos se limite uniquement ici à cerner les effets de droit déployés par les stipulations conventionnelles. Sur ce point, le rapprochement entre les allègements de la tutelle et la passation des conventions d'administration met en exergue la nature juridique de ces actions. Cette dernière ressort tout autant

¹⁰⁵ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 8. V. aussi, J.-M. PONTIER, « Contractualisation et planification », *RDP*, 1993, p. 641 et s. ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, pp. 552-554 ; J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 231.

¹⁰⁶ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998, p. 378.

¹⁰⁷ S. REGOURD, « Regard critique sur la « fièvre contractuelle » des collectivités territoriales », *Mélanges J.-A. Mazères*, Litec, 2009, p. 709 et s.

¹⁰⁸ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 565 ; J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, pp. 233-234 : l'auteur y perçoit même un « instrument de tutelle ». V. aussi, pour une comparaison avec les méthodes de régulation du secteur public, G. TMSIT, « Les relations entre l'État et les entreprises publiques », *RA*, 1983, pp. 12-14.

¹⁰⁹ V. not., pour une approche de science administrative émettant un jugement positif sur ces pratiques, F. LERIQUE, « Contractualisation et politiques territoriales : les politiques de la ville », in G. Marcou, F. Rangeon et J.-L. Thiébaud, *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 142 : « La contractualisation engendre un nouveau système de relation entre l'État et les collectivités locales qui formalise une régulation beaucoup plus égalitaire et transparente que le modèle de régulation croisée antérieurement décrit ».

¹¹⁰ R. HERTZOG, « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 252 ; J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, pp. 1653-1656.

lorsque le recours à ce procédé résulte moins d'un choix que d'une nécessité pratique en l'absence de tutelle.

b) Un moyen essentiel hors d'une relation tutélaire

555. Le processus de décentralisation a indéniablement favorisé l'émergence de conventions d'administration entre les personnes publiques. Dans la mesure où chaque sujet de droit s'administre désormais librement, où aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre, le procédé conventionnel apparaît comme un mode d'action congru. Il est certain du moins qu'abandonner les anciens rapports verticaux imposait de renouveler les instruments juridiques¹¹¹. Cette vue globale est assez logique. Il faut cependant y souscrire en précisant deux aspects. D'un côté, la tutelle ne s'oppose pas à la passation de conventions. S'il ne s'agit pas de son mode d'expression le plus courant, on compte pourtant des exemples de relations conventionnelles dans ce cadre juridique. D'un autre côté, des conventions se nouent aussi entre des collectivités d'un même niveau. Or entre ces dernières n'existait aucun rapport tutélaire auparavant. De ce point de vue, la progression de la technique conventionnelle n'apparaît donc pas comme un phénomène parallèle à celui de la suppression de la tutelle. La multiplicité des situations empêche un tel raccourci intellectuel.

556. Régées par la Constitution, les rapports entre les collectivités territoriales sont caractérisés par la prohibition de la tutelle¹¹². Ces personnes publiques sont réputées être indépendantes juridiquement les unes des autres. Il s'ensuit que les relations qu'elles peuvent établir sont nécessairement de nature conventionnelle ou, si elles aboutissent à l'édition d'un acte unilatéral, concertée. En tout cas, elles ne sauraient recouvrir des instruments de commandement. Car cela manifesterait tant l'autorité d'un sujet sur l'autre, que la dépendance de l'un envers l'autre. Il faut en revanche rappeler qu'une collectivité peut jouer le rôle de chef de fil et assurer, pour un objet et un temps déterminés, l'organisation des actions. Du reste, sans doute existe-t-il en pratique des influences telles que ce système s'en trouve affaibli. Mais la règle n'en demeure pas moins valable. Celle-ci invite à envisager d'une autre manière l'utilisation des conventions d'administration.

¹¹¹ V. not., D. HOEFFEL, « La coopération entre les régions et les départements », *D.*, 1990, chron., p. 218 ; Ch. PISANI, « Le nouveau contractuel des collectivités locales », *AJDA*, 2001, pp. 507-508.

¹¹² Art. 72 al. 5 de la Constitution du 4 oct. 1958 : « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ». V. égal., les art. L. 1111-3 et L. 1111-4 du Code général des collectivités territoriales.

Parce qu'elles sont, elles-aussi, caractérisées par l'absence de tutelle, les relations entre personnes publiques spécialisées, ou avec certains organismes privés¹¹³, doivent être mentionnées dans ces développements. Quoique ces dernières soient plus épisodiques, l'inexistence d'un contrôle de l'une des parties sur l'autre révèle des similitudes avec les collectivités territoriales. Elles seront donc évoquées de concert et dans une optique semblable. C'est-à-dire en présentant ces moyens d'encadrement comme une incidence de l'absence de tutelle. Un tel constat résulte d'une convergence de circonstances.

557. Tout d'abord, les compétences jouent un rôle primordial dans le recours aux procédés conventionnels. On retrouve là un argument énoncé précédemment concernant les rapports entre l'État et les collectivités territoriales. Mais la perspective est différente ici, car c'est la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions qui est examinée. Il s'agit d'apprécier la modification des implications juridiques selon la manière dont les compétences sont distribuées entre ces acteurs publics. À cet égard, le partage des attributions incite de toute évidence les collectivités à collaborer¹¹⁴. Comme l'écrit M. Chevallier, la technique conventionnelle permet de « contrebalancer les effets de la fragmentation des compétences induite par les textes »¹¹⁵.

En ce sens, il a été souligné que « La répartition des compétences effectuée par les lois de décentralisation joue un rôle particulièrement important dans le développement du partenariat car l'une des grandes caractéristiques de cette répartition est de ne pas avoir systématiquement attribué chaque compétence à une collectivité déterminée »¹¹⁶. Autrement dit, le fait de ne pas avoir décliné à tous les niveaux territoriaux les attributions administratives explique le besoin de collaboration. Or, en raison de l'indépendance des personnes considérées, le procédé conventionnel semble le plus approprié. En guise d'illustration, il est possible de mentionner certains contrats de pays comme celui du « Vexin Normand » signé entre une région, un départ-

¹¹³ V. pour une distinction entre les personnes privées soumises ou non à la tutelle par un critère reposant sur l'initiative, S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 142, 1982, pp. 253-290. V. les conventions conclues avec des associations. On peut mentionner ici la « convention programme « Écoles numériques rurales » » signée entre le ministre de l'éducation nationale et l'Association des maires ruraux de France, le 31 mars 2009 (document consulté sur le site www.ecolesnumerique.amrf.fr).

¹¹⁴ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006, pp. 443-445.

¹¹⁵ J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 82. V. aussi, L. TÉSOKA, « les conventions entre collectivités territoriales », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, vol. 2, pp. 102-111.

¹¹⁶ E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 94 (nous soulignons).

tement et un pays constitué sous la forme d'un syndicat¹¹⁷. Ce phénomène peut tout à fait être transposé aux personnes publiques spécialisées. En témoigne la signature d'une convention entre un établissement public administratif et un groupement d'intérêt public¹¹⁸. Dans ces cas, les choix effectués au sujet de la répartition des compétences suggèrent l'établissement de relations conventionnelles.

558. Ensuite, l'interdiction de la tutelle encourage un encadrement des relations reposant sur un lien de réciprocité. Puisqu'une collectivité ne peut régir l'action d'une autre, elle ne saurait susciter sa contribution par des prescriptions unilatérales pour mener à bien des projets. D'un point de vue institutionnel, les acteurs doivent ainsi trouver des intérêts propres pour agir ensemble. L'instrument conventionnel s'avère alors le plus adapté en raison de la réciprocité sur laquelle il repose et de l'indépendance dont jouissent les parties. Bien plus, on a écrit que « c'est précisément dans la norme contractuelle que le principe de libre administration trouve son expression »¹¹⁹. C'est une justification possible de l'utilisation des conventions d'administration comme un mécanisme d'encadrement entre les collectivités territoriales.

559. Enfin, il arrive que des conventions suggèrent la signature d'autres actes conventionnels. Ce fut particulièrement le cas des contrats de plan¹²⁰, phénomène qui se poursuit, aujourd'hui encore, avec les contrats de projets. Ces mécanismes confirment le sentiment selon lequel la passation de conventions est un corollaire de l'absence de tutelle. Ce lien se manifeste alors de manière spontanée. Il est alimenté par les sujets dont l'activité nourrit le besoin de convenir. De la sorte, la passation d'actes conventionnels entre collectivités répond, le plus souvent, à des initiatives locales dont il est difficile de mesurer avec précision l'importance quantitative¹²¹.

¹¹⁷ Contrat de pays du Vexin Normand 2007-2010, signé le 10 juin 2008 (document consulté sur le site www.pays-vexin-normand.com).

¹¹⁸ Convention de partenariat, signée le 4 juillet 2008 entre le Centre national de la fonction publique territoriale et le GIP Enfance en danger, relatif à la protection de l'enfance.

¹¹⁹ O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 95.

¹²⁰ V. en ce sens, les contrats région-département signés entre la collectivité régionale d'Ile-de-France et les départements de l'Essonne, la Seine-et-Marne et les Yvelines le 17 avril 2008.

¹²¹ V. not., les « contrats de développements de l'offre résidentielle » signés entre le département des Yvelines et de nombreuses communes. Ces actes visent à établir des objectifs pour la construction de logements selon les territoires afin de programmer des aides financières. À titre indicatif, 80 conventions de ce type ont été conclues au 31 décembre 2010. De même, il est possible d'évoquer les « contrats territoriaux de développement durable » signé entre collectivités territoriales ou avec des établissements publics de coopération intercommunale. Aussi inclut-on dans cette catégorie les conventions entre les collectivités territoriales et les éta-

Elle est encore largement informelle malgré la volonté des autorités de communiquer au sujet de ces actions. Aussi n'est-il pas facile de vérifier l'impression, pourtant tenace, selon laquelle l'absence de tutelle favoriserait la conclusion de conventions entre collectivités territoriales.

560. Au vu de ces développements, il est nécessaire d'apporter une précision. Le recensement de ces actes révèle que l'État y est très régulièrement l'une des parties¹²². Il peut s'ensuivre une relativisation du phénomène conventionnel entre les seules collectivités territoriales. Lorsque ces dernières concluent un acte, celui-ci se trouve fréquemment soumis à la signature vigilante des autorités étatiques. De sorte que les procédés connus entre les régions, les départements ou les communes apparaissent assez rares en comparaison de ceux incluant une entité déconcentrée. Cela peut se justifier de manière pragmatique par des considérations financières. Dans une moindre proportion, ce constat s'interprète comme un témoignage de la modération historique de la décentralisation française. C'est en définitive une manière de maintenir la présence de l'État même au sein de relations regroupant des institutions décentralisées.

La multiplication du recours aux conventions d'administration constitue ainsi un indicateur précieux pour rendre compte des évolutions institutionnelles. Est-ce là le signe d'un renforcement de l'autonomie des acteurs, ou plutôt celui d'une lente préparation à des fusions entre parties ? L'expérience des conventions interrégionales – lesquelles avaient eu pour effet de favoriser des fusions entre personnes publiques¹²³ – invite à soulever cette interrogation au terme de cette présentation. Il est délicat d'apporter une réponse univoque compte tenu de la diversité des situations. Selon les contextes, ces actes peuvent sûrement être mis au service d'une émancipation des sujets ou de leur réunion. S'ils produisent des conséquences tangibles, ils ne sont pas seulement destinés à accompagner l'un de ces mouvements. Dans une perspective inverse, les effets d'encadrement déployés par les conventions d'administration au sein d'un sujet corroborent ce sentiment.

blissements publics. V. par ex., les « contrats d'objectifs territorialisés » signés entre le Centre national de la fonction publique territoriale et diverses collectivités territoriales.

¹²² V., pour un constat identique et plus général, J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, pp. 481-489.

¹²³ M. BOURJOL, « La coopération interrégionale », *Bull. ILAP*, 1975, p. 463.

§2. L'encadrement au sein d'un sujet

561. La plupart des conventions d'administration sont signées entre des personnes distinctes en droit. Mais la nature spécifique de ces actes autorise leur conclusion au sein d'un même sujet¹²⁴. Les effets d'encadrement peuvent alors apparaître assez faibles. Cela se comprend puisque l'une des parties dispose souvent de pouvoirs hiérarchiques sur l'autre. Malgré ce constat, les effets des conventions ne s'avèrent pas nuls pour autant (a). De plus, il arrive qu'aucun lien de subordination n'existe entre des entités relevant d'une même personne juridique. Tel est le cas des relations horizontales établies notamment entre les autorités étatiques (b). Dans cette hypothèse, les conséquences produites par les conventions d'administration sont peut-être plus tangibles.

a) L'encadrement des relations verticales

562. Les rapports conventionnels entre deux entités sont, en apparence, antithétiques avec l'existence d'un lien hiérarchique. Bien sûr, une première incompatibilité réside dans l'appartenance des parties à une même personne juridique. Mais, sur cet aspect, il n'y a pas d'obstacle infranchissable s'agissant des conventions d'administration. En fait, l'opposition résulte plutôt de la relation institutionnelle entre les sujets. Il existe quelque chose de paradoxal dans la volonté d'agir de manière si consensuelle au sein d'une relation autant marquée par le commandement. Voilà pourquoi la contradiction semble radicale entre la liberté conventionnelle et l'autorité hiérarchique.

Pourtant, là encore, ces méthodes d'encadrement se développent peu à peu. Il est néanmoins difficile d'en rendre compte puisqu'il s'agit de moyens réservés, par essence, à la gestion interne des services. Tout au plus est-il possible de noter la signature de conventions au sein des services déconcentrés du ministère de la santé¹²⁵, ou encore du ministère de la défense¹²⁶. Cela n'empêche pas de relever leur existence comme le font implicitement d'autres études. Ainsi, on a pu écrire des contrats de performance, ou d'objectifs et de moyens, qu'ils favorisaient « la responsabi-

¹²⁴ V. *supra*, n° 309 et s. V. pour une analyse de science administrative de la « contractualisation interne », L. – CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 52, 2006, pp. 145-171.

¹²⁵ V. sur ce point, Cour des comptes, Rapport public, 2004, p. 156.

¹²⁶ C. BOUILLART, O. LECLERCQ et P.-A. LECOCQ, « Les services de la défense à l'heure de la contractualisation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, pp. 102-105.

lisation des agents et de leurs chefs, la meilleure utilisation des ressources publiques et la transparence sur les politiques publiques »¹²⁷. Une pareille affirmation suppose bien la présence de relations conventionnelles entre des autorités et leurs subordonnés.

À ce titre, il est possible de mentionner les conventions d'objectifs et de moyens passées au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Cette pratique repose sur la volonté du Conseil d'État d'améliorer le service rendu aux justiciables par les juridictions du fond¹²⁸. Elle vise plus spécifiquement les cours administratives d'appel qui ont convenu avec la Haute juridiction plusieurs orientations sur des objectifs quantitatifs et sur les moyens nécessaires pour y parvenir¹²⁹. La relation ainsi établie peut être perçue comme verticale. En effet, si les cours bénéficient, bien entendu, de garanties d'indépendance dans le cadre de leur mission juridictionnelle, elles sont tout de même soumises aux pouvoirs relatifs à l'administration de la justice détenus par le Vice-président du Conseil d'État¹³⁰. Et bien qu'il n'existe pas de lien hiérarchique entre les parties au sens strict¹³¹, il demeure malgré tout une hiérarchie administrative entre elles. Dans cette mesure, ce procédé conventionnel peut s'analyser, avec quelques réserves, comme la traduction d'une relation verticale.

563. Cette évolution des pratiques ne modifie guère les relations hiérarchiques. Mieux, le rapport du Conseil d'État pour 2008 effectue même un rapprochement entre ces conventions et les pouvoirs traditionnellement reconnus aux chefs de service. Il y est affirmé que « si la jurisprudence *Jamart* reconnaît aux ministres, comme à tout chef de service, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité, *cet arrêt ne limite pas formellement aux actes unilatéraux la nature des mesures d'organisation qu'ils peuvent prendre* »¹³². Aussi les auteurs plaident-ils en faveur de l'intégration de ces conventions parmi les actes de gestion interne. Ils jugent que « la liberté d'organisation interne de l'administration est [...] incomplète à l'heure actuelle et bancal : il lui manque un

¹²⁷ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 35.

¹²⁸ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 232-233.

¹²⁹ Y. AGUILA, « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les cours administratives d'appel », *AJ-DA*, 2003, p. 4.

¹³⁰ La situation dominante du Conseil d'État se traduisant notamment par la l'existence d'une « mission permanente d'inspection » des juridictions administratives (art. L. 112-5 du Code de justice administrative).

¹³¹ V. not., R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008, p. 113.

¹³² *Ibid.*, p. 230 (nous soulignons).

outil d'organisation et de gestion conventionnel ou négocié »¹³³. On peut adhérer sans difficulté à l'idée que les conventions d'administration étoffent les outils à la disposition d'une autorité hiérarchique par la formalisation d'un dialogue avec ses services. Seulement, la jonction opérée par le rapport est discutable à plusieurs égards.

564. Premièrement, l'interprétation de la jurisprudence *Jamart*¹³⁴ donnée par cette étude prête à discussion parce qu'elle néglige le contexte juridique dans lequel l'arrêt a été rendu. Affirmer que le juge n'a pas entendu limiter « formellement » aux moyens unilatéraux la possibilité d'organiser les services, c'est oublier que l'outil conventionnel était alors inconcevable pour exécuter cette tâche. Rien ne permet d'envisager, à cette époque, un tel encadrement au sein d'une même personne juridique. Comme cela a déjà été écrit¹³⁵, le souci du juge était double. D'une part, il a perçu dans cette affaire une occasion de consacrer un pouvoir réglementaire au profit des chefs de service. D'autre part, sa principale préoccupation résidait dans la nécessité d'un fonctionnement régulier des services publics. Dès lors, il y a quelque chose d'anachronique dans l'assimilation des conventions internes à la jurisprudence *Jamart*.

Deuxièmement, la lecture des considérants ne suggère nullement la possibilité d'encadrer des relations verticales par une convention. Le Conseil d'État se borne à affirmer que « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de *prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité* »¹³⁶. Dans cet extrait, tout concourt à viser le seul pouvoir réglementaire. Tant le terme de « mesure » que celui d'« autorité » rappelle ici la décision unilatérale. Au surplus, le juge évoque la *nécessité* d'une intervention. Or les conventions internes ne sont pas de l'ordre du nécessaire mais de l'utile. En d'autres termes, il n'y a pas d'obligation à reconnaître cette capacité pour l'organisation administrative. Celle-ci peut fort bien se satisfaire d'actions unilatérales. Si l'on jugeait indispensable la détention d'un pouvoir réglementaire, la possibilité de signer une convention est née du souhait d'améliorer la gestion de l'ordre intérieur. Ceci révèle une autre diffé-

¹³³ *Ibid.*, p. 230. V. aussi, F. TIBERGHIEU, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », *AJDA*, 2008, pp. 1228-1229.

¹³⁴ CE, Sect., 7 févr.1936, *Jamart*, *Rec.*, p. 172.

¹³⁵ V. not., *GAJA*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1956, n° 62, pp. 204-205.

¹³⁶ CE, Sect., 7 févr.1936, *Jamart*, *Rec.*, p. 172 (nous soulignons).

rence entre ces deux procédés : l'un est essentiel pour la pérennité du service, l'autre non.

Troisièmement, les nombreuses analyses de la jurisprudence *Jamart* n'y discernent pas un fondement pour la signature de conventions. Sur ce point, le rapport du Conseil d'État porte un jugement dont il convient de nuancer le sens. Il estime, en substance, que la doctrine aurait maladroitement circonscrit la portée de cette jurisprudence¹³⁷. Cette assertion appelle deux objections. D'une part, elle semble viser à la fois les universitaires et les membres de la juridiction administrative, puisque tous s'accordent sur l'interprétation de cet arrêt. Certes, Jean Rivero a exclu les actes conventionnels du champ de la jurisprudence *Jamart* dès son origine¹³⁸. Mais cela ressort également d'études rédigées, en tout ou partie, par la doctrine dite organique¹³⁹. Ainsi, un ouvrage se borne à rappeler que cet arrêt « consacre pour tout chef d'un service le pouvoir de prendre des règlements pour l'organiser »¹⁴⁰. D'autre part, ce qui apparaît, en filigrane, comme une maladresse selon les auteurs du rapport semble, au contraire, amplement justifié. Que ce soit au regard du contexte ou à la lecture de l'arrêt, on ne peut supposer que le Conseil d'État aurait réservé la question de l'encadrement des relations hiérarchiques par une convention. Il ne l'a vraisemblablement pas envisagée. À ce titre, l'appréciation doctrinale de la décision *Jamart* correspond bien à l'intention initiale du juge. Et l'avis exprimé dans le rapport paraît donc sévère et approximatif.

Quatrièmement et surtout, le lien entre les conventions internes et la jurisprudence *Jamart* demeure imprécis. Cela provient du fait que les situations concernées ne sont pas identiques. Alors que le pouvoir de décision tient strictement à la qualité de chef de service¹⁴¹, la capacité de convenir renvoie à toute relation hiérarchique. Or les moyens d'organisation d'un service ne se confondent pas avec les prérogatives hiérarchiques¹⁴². En effet, la structure pyramidale de l'administration conduit à une superposition des rapports de subordination, à laquelle ne correspond pas tou-

¹³⁷ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 230.

¹³⁸ V. impl., J. RIVERO, note sous l'arrêt CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart, S.*, 1937, III, pp. 113-114.

¹³⁹ V. not. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2007, p. 315 : « [ce pouvoir] s'exerce par voie d'arrêté ou de circulaire ».

¹⁴⁰ G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, p. 260.

¹⁴¹ B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 1, p. 111.

¹⁴² J. RIVERO, note sous l'arrêt CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart, S.*, 1937, III, p. 114.

jours le statut de chef de service. Ce dernier est réservé à certaines autorités de contrôle. Or il est théoriquement possible de convenir à chacun des niveaux administratifs. Il en résulte que le phénomène conventionnel déborde les limites de la jurisprudence *Jamart*.

565. Pour l'ensemble de ces raisons, il vaudrait mieux découpler la possibilité de signer des conventions internes des pouvoirs détenus par les chefs de service. Il suffit de souligner qu'aux méthodes traditionnelles d'organisation s'ajoutent des procédés conventionnels. Ces derniers enrichissent les instruments des autorités pour l'encadrement des relations verticales. Et, bien plus, ils ne bouleversent en aucun cas les constructions jurisprudentielles antérieures. Dans une certaine mesure, on peut même y voir un prolongement de la décision *Jamart*, notamment lorsque cela aboutit à des actes unilatéraux¹⁴³. Mais il serait réducteur, et surtout faux, d'envisager cette évolution comme une implication de cette jurisprudence. À cet égard, l'existence de conventions pour encadrer des relations horizontales confirme cette perception.

b) L'encadrement des relations horizontales

566. La signature de conventions d'administration au sein d'une même personne morale ne traduit pas toujours l'expression d'un lien de subordination. En effet, il ne s'agit pas forcément d'un procédé utilisé par une autorité afin de compléter ses pouvoirs de direction. Parfois, deux entités placées à des rangs hiérarchiques analogues passent des conventions entre elles. Dans cette hypothèse, la conclusion de l'acte ne saurait alors être interprétée comme le prolongement d'un quelconque contrôle puisqu'il n'existe parmi les deux parties ni supérieur ni subordonné.

567. L'encadrement des rapports horizontaux est concrètement limité aux entités relevant de l'État. Il joue, en particulier, s'agissant des relations qui se nouent entre les ministres. Celles-ci échappent à toute logique systémique. En fait, elles s'établissent au gré des besoins. La plupart du temps, aucun texte ne prescrit d'ailleurs la conclusion de conventions d'administration pour ces entités¹⁴⁴. Ainsi, les parties bénéficient d'une certaine liberté et ont pu, par exemple, choisir de convenir

¹⁴³ V. not., J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 960.

¹⁴⁴ En revanche, s'agissant des « plates-formes de mutualisation de la gestion des ressources humaines » au sein de l'État, un texte explicitant leurs modalités prévoit la possibilité de convenir avec les ministères. V. Point III C de la circulaire du 7 juill. 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État, *JORF*, 9 juill. 2008, p. 11009. V. égal., au sujet des centres de responsabilité, la circulaire du 23 févr. 1989 relative au renouveau du service public, *JORF*, 24 févr. 1989, p. 2526 ; et la circulaire du 25 janv. 1990 relative au renouveau du service public : centres de responsabilité, *JORF*, 1^{er} févr. 1990, p. 1346.

au sujet « des métiers de la police »¹⁴⁵, de la réforme de l'État¹⁴⁶, ou encore de l'accès à la culture au sein des établissements de santé¹⁴⁷. De la même façon, il arrive qu'un ministre signe un tel acte avec un secrétaire d'État rattaché à un autre département. En témoigne la « convention-cadre Culture-tourisme » passée entre le ministre de la culture et le secrétaire d'État chargé du commerce¹⁴⁸. Enfin, une dernière illustration, plus surprenante encore, peut être signalée. Il s'agit d'une convention entre un ministre et le médiateur de la République ayant pour « objet de définir les engagements respectifs [des parties] pour permettre l'intervention de délégués du médiateur de la République dans les établissements pénitentiaires »¹⁴⁹. Si les relations conventionnelles ministérielles sont les plus représentatives de l'encadrement horizontal, d'autres situations dénotent ainsi le recours à ce procédé. Les rapports qui peuvent naître entre les divers services ou entités dépourvus de la personnalité juridique incarnent en particulier cette hypothèse. La multiplication des autorités administratives indépendantes constitue d'ailleurs un vivier pour la signature de futures conventions d'administration au sein de l'État¹⁵⁰.

568. Ces quelques exemples sont assez significatifs des encadrements conventionnels au sein de l'État mais n'épuisent pas toutes les pratiques. L'absence de pu-

¹⁴⁵ Protocole entre le ministre de l'intérieur et le ministre de l'éducation nationale, signé le 17 novembre 2004 (document consulté sur le site www.interieur.gouv.fr).

¹⁴⁶ Contrat triennal de modernisation du ministère des affaires étrangères, signé avec le ministre du budget le 13 avril 2006. Contrat de performance entre le ministre du budget et le ministre de l'équipement, signé pour 3 ans le 26 juillet 2007 (document consulté sur le site www.performance-publique.gouv.fr).

¹⁴⁷ Convention « culture et santé » signée entre le ministre de la culture et de la communication et celui de la santé et des sports, le 6 mai 2010 (document consulté sur le site www.culture.gouv.fr). Dans une moindre mesure, on peut mentionner la convention conclue entre le ministre de l'intérieur et celui de la défense, le 28 juillet 2008, au sujet du rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur. Cependant, ce texte semble comporter des clauses impératives. Sa nature est ainsi incertaine et il ne peut être évoqué ici sans précautions. Enfin, un document est parfois présenté comme une « convention » entre deux ministres, mais est modifié en cours de préparation en une circulaire. V. not., la « convention » concernant la sécurisation des établissements scolaires, du 23 septembre 2009.

¹⁴⁸ Convention-cadre Culture-tourisme signée entre le ministre de la culture et de la communication et le secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme des services et de la consommation, le 6 novembre 2009 (document consulté sur le site www.culture.gouv.fr).

¹⁴⁹ Art. 1^{er} de la convention relative à l'intervention dans les établissements pénitentiaires signée entre le ministre de la justice et le médiateur de la République, le 25 janvier 2007 (document consulté sur le site www.justice.gouv.fr).

¹⁵⁰ V. déjà, à titre illustratif, la « convention de partenariat » entre la HALDE et la CNIL, signée le 3 mai 2006 ; La convention signée entre la HALDE et l'Agence nationale pour l'insertion et la promotion des travailleurs d'Outre-mer, signée le 5 juin 2008 ; la convention de partenariat entre la HALDE et le ministère de la défense, signée le 3 mai 2007 ; v. aussi, la « convention de partenariat » entre l'Agence française de lutte contre le dopage et le Centre national des sports de la défense, signée le 7 avril 2008. V. aussi, plus généralement, J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, pp. 90-93.

blication de ces outils – en dehors parfois d'une communication numérique – empêche cependant d'en mesurer précisément l'étendue. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces procédés souligne combien les conventions d'administration peuvent servir à coordonner les actions engagées par les autorités étatiques. Toutefois, leurs effets sont peut-être plus limités ici en raison de l'autonomie dont jouissent les parties. L'absence de lien hiérarchique entre elles permet, en définitive, une plus grande liberté ; non seulement pour fixer les objectifs mais aussi pour en respecter les termes. On peut, dès lors, douter de l'efficacité de l'encadrement obtenu. En somme, il appartient aux sujets des conventions de tenir leurs engagements de façon loyale. Il revient parallèlement au juge administratif d'en parfaire l'assise juridique, bien que cette tâche soit particulièrement délicate en raison du caractère interne de ces procédés.

569. Malgré les liens juridiques qui unissent ces parties, le recours aux conventions d'administration leur procure visiblement un sentiment de liberté. Cette impression s'avère cependant assez fictive en raison des effets modestes produits par ces procédés. Cela est heureux car la possibilité d'encadrer les rapports entre des entités relevant d'une même personne juridique par des directives conventionnelles doit, autant que possible, épargner l'unité de l'institution. L'encadrement obtenu est ainsi voué à demeurer un simple outil de gestion interne. Il est sans doute utile pour l'orientation des actions. Mais il est surtout accepté parce qu'il préserve la cohérence de la structure étatique.

570. Conclusion de section. Les conventions d'administration engendrent des effets juridiques directs dont l'intensité est variable. De deux ordres, ceux-ci consistent à permettre l'application des normes ou à encadrer les relations institutionnelles. L'importance de cette seconde fonction justifie, à elle-seule, que ces procédés soient transposés à tous les niveaux de l'administration. Cependant, malgré ses mérites, il ressort de cet engouement une perturbation de l'organisation publique. Cette impression provient des résultats ambivalents qui découlent de la passation des conventions. Tantôt elle confère une certaine liberté à l'une des parties, pourtant contrôlée par l'autre partie. Tantôt elle donne le sentiment de réintroduire une tutelle informelle entre des parties s'administrant librement en principe. Dès lors, les tentatives de systématisation ne peuvent qu'imparfaitement rendre compte du droit positif.

571. L'enchevêtrement des conventions d'administration pose au demeurant plusieurs interrogations quant à la cohérence des directives établies. En effet, les déclinaisons territoriales conduisent à des répétitions préjudiciables pour la compréhension des politiques locales. Des préoccupations tenant trop souvent au désir

d'afficher des engagements risquent fort d'affecter lourdement l'intérêt même de ce procédé juridique. C'est sa vocation à encadrer les relations entre des organismes qui est ainsi menacée. Et il est inutile de dire combien l'efficacité de l'action publique peut s'en trouver compromise. Cela résulte pour l'essentiel de la liberté laissée aux sujets pouvant être à l'initiative d'une convention d'administration. Une pareille souplesse est éminemment souhaitable. Mais elle requiert alors une grande discipline des autorités locales sur laquelle il est difficile d'exercer un quelconque contrôle. Parce qu'ils sont intimement liés à l'élaboration des normes, les effets indirects des conventions d'administration paraissent, en comparaison, mieux connus et maîtrisés.

Section 2 : Les effets juridiques indirects

572. Un aspect notable de la production juridique contemporaine consiste dans le recours fréquent à des techniques de préparation textuelle. Les normes sont aujourd'hui élaborées suivant des procédures plus « fouillées »¹⁵¹ qu'auparavant. Par exemple, ces dernières peuvent impliquer des étapes dites « pré-normatives »¹⁵². Cet ensemble d'instruments vise, dans l'esprit de leurs concepteurs, à perfectionner la production juridique. Il œuvre à l'amélioration du contenu des actes, et donc à l'intelligibilité du droit. À cet égard, les conventions d'administration complètent les outils courants de préparation des règles. Cet apport est révélé par une somme d'effets indirects déployés par ces actes, qui illustrent l'assertion selon laquelle « il y a des actes qui ne créent pas des normes et qui n'en produisent pas moins des effets de droit »¹⁵³.

La plupart du temps, ces effets sont évoqués de manière implicite au sein des discours. Soit ils transparaissent lorsque l'on dénie aux conventions d'administration la production de conséquences directes¹⁵⁴. Soit ils sont suggérés par des définitions

¹⁵¹ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 283 et s.

¹⁵² P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 14. V. part., S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008 ; v. aussi, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, t. 2, p. 184 ; P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 113 et s.

¹⁵³ J. COMBACAU, « L'acte juridique. Ouverture », *Droits*, 1988 (n° 7), p. 7.

¹⁵⁴ CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, p. 415 : « ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit » (nous soulignons).

strictes de la notion de contrat. En particulier, M. Richer énonce fort justement que « le contrat est un acte juridique qui résulte d'un échange de consentements et engendre *par lui-même* des droits et obligations »¹⁵⁵. En précisant ceci, l'auteur laisse entendre que d'autres actes conventionnels peuvent, *a contrario*, produire des effets indirects, voire aboutir *in fine* à la détermination de droits et obligations. Tel est le cas des conventions d'administration. Elles contribuent de toute évidence aux techniques d'élaboration du droit positif. Cette participation s'opère au moyen de clauses déployant des effets d'orientation (Sous-section 1) qui appellent l'élaboration de divers actes (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Des effets d'orientation

573. Les effets d'orientation ne sont ignorés ni du juge ni de la doctrine. Toutefois, on les cantonne généralement aux seuls actes unilatéraux. Ils renvoient ainsi, de manière presque systématique, aux directives administratives entendues au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*¹⁵⁶. Les conventions d'administration montrent cependant qu'il est possible de les concevoir également au sein de relations conventionnelles. L'émergence de ces procédés suscite alors plusieurs interrogations quant à leur nature. Suffirait-il notamment de transposer les caractères déjà consacrés au sujet des directives unilatérales pour cerner ce phénomène ? La proximité des deux mécanismes d'orientation n'autorise pas une telle assimilation. Certes, il y a entre eux des ressemblances mais elles ne masquent pas d'importantes différences. Cela justifie que soient précisées les caractéristiques des orientations conventionnelles en se référant à leurs aspects substantiels (§1) et temporels (§2).

§1. Les aspects substantiels des effets d'orientation

574. Par hypothèse, les conventions d'administration ne contiennent pas de clause énonçant des normes. Cela n'exclut pas qu'elles puissent, le cas échéant, guider l'élaboration de propositions impératives et avoir ainsi un impact sur l'ordonnancement juridique. Voilà pourquoi les effets d'orientation suggèrent une sorte de normativité médiate (a). C'est-à-dire qu'ils sont à l'origine d'une norme mais

¹⁵⁵ L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, p. 9 (nous soulignons). Cette précision, rare dans la littérature juridique, est très utile en pratique. V. aussi, H. BATIFFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », *APD*, 1968, p. 13 : « le XIX^e siècle a eu du contrat une conception dont un mérite était la simplicité. Accord de volontés de deux, voire plusieurs individus, ayant pour objet la création, le transfert, ou l'extinction des droits, le contrat est une source de droit qui se suffit à elle-même ».

¹⁵⁶ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750.

ne la créent pas directement. Cet aspect implique dès lors un certain aléa puisque l'édition d'une norme sur la base de directives conventionnelles est toujours contingente (b).

a) Une normativité médiate

575. De prime abord, la référence à une possible *normativité médiate* peut paraître obscure. Elle traduit pourtant une idée assez simple. Bien qu'un acte ne comporte aucun énoncé impératif, il arrive qu'il participe à la création de normes par ses orientations. Ses effets normatifs se trouvent alors soumis à l'intervention d'un acte opérant une médiation. Deux éléments se répondent pour caractériser cette normativité médiate des conventions d'administration. D'un côté, elle nécessite la présence d'actes distincts (1°) ; d'un autre, elle établit une relation étroite entre ces actes (2°).

1° Des actes distincts

576. Les conventions d'administration peuvent être une étape au sein d'un processus décisoire. En cela, elles deviennent le creuset d'une normativité médiate. Parmi d'autres exemples, les contrats de plan permettent d'illustrer ces effets. Comme l'écrit un commissaire du gouvernement, « les engagements financiers qui figurent au contrat de plan *ne permettent pas en eux-mêmes de porter atteinte au site* ; d'autres décisions devront être prises sans lesquelles le contrat de plan demeurera lettre morte »¹⁵⁷. De même, le juge administratif estime qu'un contrat de ville « *n'emporte par lui-même aucune conséquence directe* quant à la réalisation effective des actions ou des opérations qu'il prévoit »¹⁵⁸. Enfin, un auteur note fort justement que « comportant [...] des dispositions plus « directives » que normatives, les contrats de programmation se présentent dans bien des cas comme des « actes intermédiaires » dont l'effectivité n'est pas immédiate »¹⁵⁹. De telles appréciations sous-entendent *a contrario* de possibles effets indirects, lesquels sont tributaires de l'intervention de mesures postérieures se référant à la convention.

Le procédé d'orientation suppose donc la réunion de deux actes au minimum ; l'un guidant l'autre. C'est une exigence inhérente à la substance des conventions

¹⁵⁷ J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, RFDA, 1997, p. 341 (nous soulignons).

¹⁵⁸ CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Hautmont*, req. n° 97DA01074 (nous soulignons). V. aussi, O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 100.

¹⁵⁹ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 286.

d'administration. Sans un tel mécanisme, leurs clauses resteraient inefficaces pour une grande part. Cette justification transparait du fonctionnement général de ce procédé d'orientation, qui rejoint d'ailleurs un autre « phénomène très curieux de pseudo-règle de droit »¹⁶⁰ : les directives *Crédit foncier de France*. Ces processus normatifs sont comparables. Du moins, ils requièrent tous deux que des actes médiateurs soient pris par les autorités administratives compétentes. La justification profonde en est élémentaire. Elle se trouve dans la teneur des actes et se manifeste lors de l'exécution des orientations. En somme, « le caractère indirect de la directive est lié à son application : elle ne provoque pas elle-même en principe de transformation de l'ordonnement juridique ; il faut une autre mesure pour que son effet soit complet »¹⁶¹. Une particularité de ces phénomènes réside, par la suite, dans une normativité médiante.

577. Les effets ainsi produits par les conventions d'administration peuvent être utilement rapprochés de ceux déployés autrefois par les outils de planification. Ce parallèle fournit une raison supplémentaire d'intégrer ces phénomènes au droit. Selon certains auteurs, la détermination d'orientations est parfaitement compatible avec la nature juridique du procédé. En ce sens, Henri Batiffol écrivait ceci : « la question a sans doute été soulevée à maintes reprises de savoir si les plans, quinquennaux ou autres, ont un caractère juridique. Un ordre de bataille, a-t-on dit, n'est pas du droit. *Il n'en reste pas moins que les directives des plans ont pour conséquence des obligations juridiques quand les intéressés ont conclu des accords en vertu de ces plans* »¹⁶². Ce raisonnement est transposable aux relations conventionnelles. Dans la mesure où les orientations issues d'un acte unilatéral n'excluent pas la nature juridique de ce dernier, rien ne s'oppose alors à reconnaître une même nature aux conventions d'administration. Seulement, avant leur consécration par des énoncés normatifs, elles s'apparentent bien à des « embryon[s] de règle de droit »¹⁶³.

578. Au contraire, ce procédé diffère d'autres techniques exigeant pourtant la réunion de plusieurs actes. Il en va ainsi de l'approbation, valable naguère pour les

¹⁶⁰ M. WALINE, note sous l'arrêt CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, RDP, 1971, p. 1224 ; V. aussi, A. MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 116, 1974, pp. 189-194.

¹⁶¹ P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 460.

¹⁶² H. BATIFFOL, « La « crise du contrat » et sa portée », *APD*, 1968, p. 29 (nous soulignons). V. aussi, Y. DELAIRE, « Les contrats de plan État-régions », *Les cahiers du droit et de la jurisprudence*, 1986, t. 1, pp. 16-18 ; et sur le lien entre les contrats et la planification, Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, pp. 44-58.

¹⁶³ M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », *RTDcin.*, 1926, p. 271.

contrats des collectivités territoriales¹⁶⁴ et encore appliquée au sujet de certains établissements publics. En effet, cette procédure vise à conférer une effectivité juridique à un acte comprenant des énoncés normatifs. C'est-à-dire qu'elle permet l'application directe de ses stipulations tout en étendant parfois sa portée. Dès lors, l'acte ne produit pas des effets indirects. Il voit seulement sa mise en œuvre conditionnée par l'intervention d'un acte qui en approuve le contenu¹⁶⁵. Une fois cette modalité accomplie, les clauses s'appliquent directement. Voilà pourquoi la problématique des effets déployés par les conventions d'administration est différente de celle soulevée par l'approbation des contrats.

Comme l'écrit M^{me} Pouyaud, « seule l'approbation peut lui donner pleine vigueur mais elle se borne à régulariser rétroactivement le contrat, censé, après approbation, avoir été parfait dès sa signature. Elle n'apporte rien de nouveau aux droits issus du contrat, mais leur permet de prendre effet »¹⁶⁶. De sorte que, s'agissant des contrats de programme, « l'arrêté particulier de libéralisation des prix est un élément essentiel à leur existence »¹⁶⁷. Cette appréciation est néanmoins excessive puisque, pour être approuvé, l'acte doit bien exister au préalable¹⁶⁸. Il est plus juste d'y percevoir un mécanisme limité à la possibilité d'exécuter une convention¹⁶⁹. À cet égard, les processus mis en place pour fixer les remboursements des soins de santé sont particulièrement significatifs. Le Conseil d'État admet, d'un côté, la nature contractuelle des actes signés entre les caisses nationales et les organismes représentatifs¹⁷⁰. Cela suggère ainsi la présence de stipulations impératives. De l'autre, il envisage l'arrêté d'approbation comme une condition d'application de la convention. Tout en

¹⁶⁴ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 485-490. V. pour une comparaison, un accord entre une commune et société en matière d'urbanisme dont l'entrée en vigueur est soumise à l'intervention d'une décision préfectorale : CE, 2 oct. 1992, *Ministre du budget c/ SA Crédit immobilier de la Somme et Commune de la Chapelle-en-Serval*, Rec., p. 351.

¹⁶⁵ V. not., *ibid.*, pp. 520-522.

¹⁶⁶ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, p. 65.

¹⁶⁷ C. PICQUEMAL-PASTRÉ, « Une expérience d'acte économique : le contrat de programme », *RDP*, 1974, p. 335.

¹⁶⁸ CE, 17 janv. 1951, *Ville de Joinville-le-Pont*, Rec., p. 24. V. not., J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, 1997, p. 122.

¹⁶⁹ Cette ambiguïté semble provenir du fait que, précisément, la décision d'approbation rétroagit à la date de signature de la convention. Elle se trouve ainsi confondue avec la détermination de l'existence de l'acte. V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 410.

¹⁷⁰ CE Sect., 18 oct. 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, Rec., p. 496.

laissant entendre que cette dernière est alors incorporée aux dispositions réglementaires¹⁷¹.

579. Cette ultime implication renforce les dissemblances entre l'approbation et l'orientation. Ces deux techniques supposent l'adjonction de plusieurs actes à la convention initiale mais traduisent des exigences différentes. Pour les conventions d'administration, il s'agit d'en préciser la teneur. Cette intention aboutit alors, le plus souvent, à transcrire leurs clauses dans des énoncés normatifs. Or cela n'est pas anodin. De la coexistence de deux actes s'ensuivent d'importantes conséquences. Notamment lors d'un contentieux, l'absence d'impérativité des stipulations conventionnelles impose de prononcer l'irrecevabilité d'un recours à leur encontre. *A contrario*, la décision orientée doit pouvoir être examinée à l'occasion d'une demande juridictionnelle. Alors seulement, la liaison entre ces deux actes peut justifier un contrôle indirect de la mesure d'orientation.

2° Des actes connexes

580. Bien que distincts, l'acte d'orientation et l'acte médiateur ont des liens étroits. Ceux-ci tiennent à leur contenu respectif, c'est-à-dire à la teneur de leurs énoncés juridiques. L'un sert de référence à l'élaboration de l'autre ; et inversement, l'un réalise l'autre. Il s'ensuit que le rapport est double et correspond aux deux facettes d'un même phénomène. Là encore, il y a une ressemblance avec la directive administrative et ses mesures d'application : « la première détermine les secondes, les secondes accomplissent la première. Toutes contribuent ainsi à la réalisation d'un même effet ; chacun constitue une partie d'une même procédure, un élément d'un même système. Il s'agit d'une opération qui, pour être dédoublée, n'en garde pas moins son unité »¹⁷².

581. Il existe donc une sorte d'interdépendance entre ces deux phénomènes. Toutefois, l'orientation reste un procédé particulièrement souple. Son autorité est, par définition, faible. Elle laisse une marge d'appréciation aux sujets. Cela n'est pas sans rappeler quelques recommandations « qui ont vocation à diriger souplement la

¹⁷¹ CE Sect., 18 févr. 1977, *Hervouët*, *Rec.*, p. 98 ; v. plus explicitement, CE Sect., 9 oct. 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, *Rec.*, p. 360. V. part., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 113 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2008, p. 78 ; CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 158 ; P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 481.

¹⁷² P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 467.

conduite des intéressés, à leur fixer la ligne à *tâcher de tenir*»¹⁷³. Tout comme la directive administrative « ne lie pas le destinataire mais ne lui laisse pas toute latitude »¹⁷⁴, les conventions d'administration sont uniquement censées canaliser les possibilités de décision des sujets. Dans cette mesure, le lien de connexité ne saurait être univoque. Il varie en fonction des circonstances.

582. Malgré toutes ces ressemblances, le lien de connexité est peut-être plus tenu s'agissant des directives administratives. Car elles orientent, la plupart du temps, le pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de prendre des décisions individuelles. Pour ce faire, elles procèdent à une « codification des motifs » sur laquelle s'appuieront ensuite les mesures particulières¹⁷⁵. Tout l'intérêt de cette élaboration consiste précisément à fournir un socle commun pour traiter, avec un souci d'égalité, toutes les situations¹⁷⁶. Vraisemblablement, l'utilisation des conventions d'administration est plus diffuse. Elle peut certes consister à guider des décisions individuelles. Mais elle joue davantage pour l'orientation générale des actions publiques. Autrement dit, et même si la distinction est subtile, on *s'inspire* plus des clauses d'une convention d'administration qu'on *en fait application*. Il s'agit de prendre en compte ses objectifs, de les incorporer dans un acte, afin de leur conférer l'autorité voulue. Cette impression reste nécessairement globale. Dès lors, elle suscite des nuances. À ce titre, le juge administratif se contente parfois de noter qu'une autorité « s'est inspirée »¹⁷⁷ d'une directive, ou que cette dernière est un « cadre »¹⁷⁸ pour la gestion du domaine forestier. De telles interprétations sont de nature à relativiser la liaison entre ces actes. Il n'en demeure pas moins que le lien de connexité est visiblement plus affirmé s'agissant des directives administratives, qu'il ne l'est pour les conventions d'administration.

Un facteur organique peut influencer, dans un autre sens, sur le lien de connexité entre ces actes. Le plus souvent, les directives unilatérales sont adressées par une en-

¹⁷³ P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, 1987, p. 320. V. égal., J.-M. PONTIER, « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administration », *D.*, 1997, chron., pp. 382-383.

¹⁷⁴ P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 468. V. aussi, P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, pp. 112-114.

¹⁷⁵ V. not., CE, 12 déc. 1997, *Office national interprofessionnel des fruits légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR)*, *Rec.*, tab., p. 676 ; CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, *Rec.*, p. 193.

¹⁷⁶ V. not., B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 132.

¹⁷⁷ CE, 14 déc. 1988, *Gibert Marine*, *Rec.*, p. 444.

¹⁷⁸ CE, 28 juill. 2004, *Union cynégétique d'Alsace*, *Rec.*, tab., p. 581

tité supérieure à un organe subordonné¹⁷⁹. Est ainsi préservée une certaine autorité sur les décisions à venir. Dans de rares hypothèses seulement, un sujet se donne à lui-même des orientations pour la prise de mesures individuelles¹⁸⁰. Les conventions d'administration, quant à elles, dirigent les actions des parties dans la majorité des cas. Ce constat est de nature à renforcer la jonction entre l'acte d'orientation et l'acte médiateur, puisqu'ils émanent alors d'un même sujet. Ainsi, le lien fluctue bien selon les circonstances, tout en étant toujours présent entre l'acte d'orientation et l'acte orienté.

583. À un second degré, les conventions d'administration apparaissent comme des supports de normes potentielles. Par l'utilisation qu'en font les acteurs, elles peuvent devenir des instruments de production normative et, dès lors, figurer parmi les sources de droit¹⁸¹. On s'écarte ainsi grandement de la conception classique du contrat. « Selon la théorie traditionnelle [... ses] effets de droit concernent la seule sphère des droits subjectifs et ne modifient en rien le droit objectif »¹⁸². D'où l'exclusion des contrats de l'analyse des sources du droit. À la différence des conventions d'administration leur vocation première n'est pas de participer à la production de normes de façon indirecte mais bien directement. Comportant des clauses impératives, les contrats dirigent la conduite des parties et visent principalement la réalisation de prestations. En revanche, ils n'ont pas *a priori* pour objet de fonder de nouvelles normes. Ces effets respectifs distinguent ces catégories. Ils expliquent surtout l'aléa qui frappe les résultats auxquels aboutissent les conventions d'administration.

b) Une issue aléatoire

584. Les clauses des conventions d'administration n'ordonnent pas aux parties l'adoption d'un comportement. Leur nature particulière explique pourtant qu'elles soient suivies dans la plupart des cas. Ce constat ne masque pas l'incertitude

¹⁷⁹ CE, 14 déc. 1988, *Gibert Marine*, *Rec.*, p. 444 ; CE, 28 juill. 2004, *Union cynégétique d'Alsace*, *Rec.*, tab., p. 581.

¹⁸⁰ V. not., J. BOULOUIS, « Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les directives », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 198. V. quelques illustrations jurisprudentielles, CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, *Rec.*, p. 193 ; CE, 16 avr. 2010, *Mme A.*, *Rec.*, (à paraître).

¹⁸¹ V. en ce sens, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008 ; P. PUIG, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », in S. Chasagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 285.

¹⁸² R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 112.

structurelle qui entoure la réalisation des actions envisagées. Les objectifs escomptés demeurent toujours imprégnés d'un caractère aléatoire.

585. De façon unanime, la doctrine relève cet aspect attaché aux effets indirects produits par les conventions d'administration. Ainsi, un auteur a noté que « le mouvement de contractualisation des rapports verticaux, tend à sécréter des types de contrats plus souples et dans lesquels ce sont les engagements des deux parties qui revêtent un certain *caractère aléatoire* »¹⁸³. Cette idée se retrouve également au sein des travaux de M. Bazex. Pour lui, « les effets des contrats de plan sont [...] ceux des *actes générateurs de droits éventuels* à mi-chemin entre les simples expectatives et les droits acquis »¹⁸⁴. En ce sens encore, on a souligné l'aléa que comportaient les procédés de « contractualisation des universités »¹⁸⁵. Enfin, cela n'avait pas échappé non plus à certaines études relatives aux « quasi-contrats » du plan¹⁸⁶. Cette appréciation générale ne remet pas en cause la vocation des conventions d'administration : elles visent à réduire les aléas qui entourent la traduction de leurs directives. C'est précisément l'une des raisons qui en justifient la signature et les modalités¹⁸⁷. Mais les effets d'orientation demeurent consubstantiellement aléatoires.

586. Ce caractère trouve une explication dans la nature même du procédé. L'aléa qui préside aux conventions d'administration provient de la nécessité d'une médiation normative. Autrement dit, leurs stipulations servent à projeter la réalisation de tel ou tel objectif, mais requièrent l'intervention d'un acte décisoire pour y parvenir. En l'absence de celui-ci, rien n'est prescrit. Par exemple, le fait que des terrains seraient nécessaires à la réalisation d'une autoroute prévue par un contrat de plan ne suffit pas à établir, avec certitude, leur affectation à l'État¹⁸⁸. Cette opération devait, en l'espèce, figurer dans la délimitation des biens nécessaires à la réalisation du travail public. Selon toute vraisemblance, les prévisions auraient dû permettre au juge de prononcer le classement sans hésitation. Mais le caractère aléatoire des effets

¹⁸³ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979, p. 312.

¹⁸⁴ M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 71 (souligné dans le texte).

¹⁸⁵ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 208.

¹⁸⁶ V. not., F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 374.

¹⁸⁷ V. par ex., J. FIALAIRE, « Les conventions de partenariat entre les collectivités publiques dans le secteur de l'éducation », in J. Fialaire (dir.), *Les contrats et le système éducatif*, LGDJ, 2004, p. 91 ; J.-M. PONTIER, « La troisième génération des contrats de plan entre l'État et les régions », *RA*, 1994, p. 612 et s.

¹⁸⁸ V. en ce sens, CE, 29 nov. 2004, *Société des autoroutes du Sud de la France*, *Rec.*, tab., p. 687. V. pour une autre illustration dans le domaine social, CE, 28 mai 2010, *Société EnfanceFrance*, *Rec.*, tab., (à paraître).

généralisés par ce genre de conventions s'y oppose. En outre, il ne faut pas oublier que ce procédé conventionnel ménage le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. Une latitude est laissée aux destinataires des clauses. Ce principe conforte l'aléa attaché aux effets d'orientation.

A contrario, le caractère aléatoire ne correspond pas aux outils traditionnels de commandement. Comme le note M. Jégouzo, « autant la règle de droit peut définir des règles de comportement immédiates et d'application non limitée dans le temps, autant *il lui est difficile d'organiser en obligations juridiques des objectifs et des politiques conçus pour un futur lointain et soumis de ce fait aux aléas des évolutions économiques et sociales* »¹⁸⁹. Cela rejoint l'analyse développée par André Hauriou : « l'encadrement juridique des interventions de l'administration dans les régions de l'aléatoire ne peut pas se présenter sous la forme d'une décision de caractère général »¹⁹⁰. Il ajoute que « par définition, l'aléatoire exclut les certitudes du commandement »¹⁹¹. *A contrario*, les effets d'orientation produits par les clauses conventionnelles recouvrent logiquement une part d'aléa.

587. Par suite, l'issue aléatoire des conventions d'administration alimente une insécurité au sein de l'action administrative. Une fois encore, cela n'empêche pas la vocation de ces actes à prévoir le droit positif¹⁹². Les conséquences variables des conventions d'administration ne contrarient pas leur impact sur l'adoption des normes à venir. Simplement, elles en réduisent la portée. Cet aspect permet de confirmer les différences qui séparent les conventions d'administration des contrats. Actes de prévision¹⁹³, les seconds assurent par leurs stipulations impératives une plus grande sécurité aux rapports juridiques. Tel n'est pas le cas des premières. Certes, les orientations conventionnelles devraient être respectées par principe et écartées sous certaines conditions. On risquerait, à défaut, de vider ces procédés de leur intérêt. Il n'en demeure pas moins que les effets d'orientation demeurent caractérisés par des résultats aléatoires. Cette conclusion est faiblement compensée par la prise en compte des aspects temporels de ces effets.

¹⁸⁹ Y. JÉGOUZO, « Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 225 (nous soulignons).

¹⁹⁰ A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges L. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 215.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 215.

¹⁹² V. pour les actes unilatéraux, J.-M. PONTIER, « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administration », *D.*, 1997, chron., p. 379.

¹⁹³ V. not., M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1^{ère} éd., p. 206 ; P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. 2, spéc. p. 28.

§2. Les aspects temporels des effets d'orientation

588. Tandis que la substance des effets d'orientation souffre plusieurs ambiguïtés, la fixation de leur durée présente une grande certitude. Cela provient d'une délimitation rigoureuse dans le temps de leur période de validité (a), laquelle fournit un élément supplémentaire au soutien de la spécificité des conventions d'administration (b).

a) Des effets délimités

589. Les effets d'orientation valent pendant une période donnée. Celle-ci est souvent longue puisqu'elle embrasse plusieurs années. Par exemple, les contrats de projets signés en 2007 encadrent l'action administrative sur une durée de six ans¹⁹⁴. La validité des contrats locaux de sécurité s'avère, quant à elle, généralement plus courte. Elle est ainsi de trois années pour les contrats relatifs aux communes de Nice¹⁹⁵ ou de Lille¹⁹⁶. Pour citer une dernière illustration, on peut songer à plusieurs contrats d'objectifs et de moyens signés entre l'État et ses établissements publics couvrant une période de quatre années¹⁹⁷. Au-delà de la diversité des termes extinctifs, les effets d'orientation sont bien limités dans un « temps d'accomplissement »¹⁹⁸. Il incombe donc aux sujets de prendre, dans le délai imparti, tous les actes utiles pour l'exécution des clauses.

Naturellement, il peut arriver que la « date normale d'expiration »¹⁹⁹, fixée par la convention, échoie tandis que les objectifs fixés ne sont pas encore atteints. Ce cas de figure est même assez courant. Les stipulations ne sont pas alors vouées à rester lettre morte. En cette hypothèse, il est loisible aux parties de reconduire les orientations qui n'auraient pas été retranscrites dans des énoncés normatifs. Il suffit pour cela de passer une nouvelle convention. Au demeurant, la réalisation de cer-

¹⁹⁴ V. la circulaire du Premier ministre du 6 mars 2006 et la circulaire de la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires du 24 mai 2006.

¹⁹⁵ Contrat local de sécurité signé le 17 juill. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.nice.fr).

¹⁹⁶ Contrat local de sécurité signé le 7 nov. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.mairie-lille.fr).

¹⁹⁷ V. par ex., le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014, le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et Radio France pour une période allant de 2010 à 2014.

¹⁹⁸ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 501.

¹⁹⁹ Cette formule est employée par le législateur, v. art. 12 al. 1^{er} de la Loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 *portant réforme de la planification*, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

tains objectifs peut toujours intervenir après le terme fixé. L'extinction de la convention est neutre de ce point de vue. Elle ne rend évidemment pas irrégulière la satisfaction *a posteriori* de l'objectif. Toutefois, cette éventualité ne s'analyse plus alors véritablement comme un phénomène d'orientation car les effets de la convention sont épuisés. Voilà pourquoi l'examen du terme est essentiel pour la compréhension du mécanisme d'orientation.

590. Cette limite temporelle est symptomatique de la finalité des conventions d'administration. Leviers de l'action administrative, elles assurent une fonction d'encadrement des politiques. Elles sont ainsi fortement marquées par les intentions des acteurs. Les directives prévues par un texte correspondent sûrement à certaines circonstances, mais traduisent surtout une série de choix pour l'avenir. Dans cette mesure, ces actes ne sauraient être détachés du contexte dans lequel ils interviennent. Il est donc logique qu'ils soient limités dans le temps et, le cas échéant, puissent être réévalués au terme de leur période de validité. À cet égard, il importerait que cette durée coïncide, autant que possible, avec celle des mandats des signataires élus. Tel n'est malheureusement pas le cas. En particulier lorsqu'un texte prévoit la passation de conventions, il n'est pas rare que ces dernières produisent des effets par-delà les renouvellements institutionnels. Cela assure en quelque sorte une certaine continuité à l'action publique, malgré tout tempérée par l'absence de véritables normes juridiques et la possibilité de s'affranchir des orientations.

Il faut enfin ajouter que les conventions d'administration peuvent, à l'instar des contrats²⁰⁰, imputer des conséquences nouvelles à des faits intervenus avant leur signature. En théorie, rien ne s'oppose à cette éventualité. Mais elle s'avère dépourvue de toute utilité pratique. Puisque la finalité de ces procédés est d'orienter l'action administrative, il serait incongru de chercher à guider une décision déjà prise²⁰¹. Même la volonté de légitimer *a posteriori* l'édition d'une norme ne rendrait pas cohérent un pareil mécanisme. Dès lors, l'encadrement temporel des effets d'orientation demeure assez strict, que l'on envisage son début ou son terme extinctif.

b) Des limites spécifiques

591. Ainsi décrites, les contraintes temporelles des effets d'orientation semblent assez différentes de celles touchant les contrats. Les perspectives ne sont visi-

²⁰⁰ V. not. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., pp. 240-241.

²⁰¹ V. pourtant, CE Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et des Télécommunications*, Rec., p. 354.

blement pas les mêmes selon le procédé envisagé. Comme l'écrivait Marcel Waline, « les contrats administratifs prennent fin normalement par l'exécution complète des prestations convenues [...] ; ou bien encore, [...] par l'expiration du terme convenu »²⁰². Autrement dit, soit ces actes épuisent leurs effets par la réalisation des obligations, soit ils sont privés d'effet lorsque leur fin est survenue. La première hypothèse est sans doute la plus répandue si l'on considère l'ensemble des manifestations juridiques²⁰³, mais la seconde connaît de nombreuses applications²⁰⁴. En attestent, en droit administratif, les contrats portant sur l'occupation du domaine public et les délégations de service public²⁰⁵. Ceux-ci comportent nécessairement une durée limitée. Quand bien même l'acte serait silencieux sur ce point, l'autorité gestionnaire peut toujours y mettre fin²⁰⁶. Cette habilitation équivaut donc à introduire un terme implicite. C'est-à-dire que même lorsque la fin du contrat n'est ni déterminée ni déterminable une telle situation ne saurait signifier que la validité de l'acte soit indéfinie, ou plutôt perpétuelle. De toute évidence, cette situation rapproche les contrats des conventions d'administration : dans chaque cas, la fin de l'acte est fixée temporellement par les clauses elles-mêmes. Les phénomènes restent néanmoins distincts. En effet, les parties doivent assurer leurs obligations pendant toute la durée du contrat, alors que, dans le cadre des conventions d'administration, on escompte seulement réaliser certains objectifs dans une durée déterminée. L'utilisation du temps est en conséquence très différente.

Au surplus, il arrive que les contrats n'admettent aucun terme. Cette dernière situation renforce leurs dissemblances avec les conventions d'administration. Bien qu'il existe, d'un point de vue théorique et pratique, des obstacles à la conclusion de

²⁰² M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, t. 1, p. 431. V. surtout, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 634-640. V. en comp., les causes d'extinction des obligations civiles, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 1253 et s.

²⁰³ V. not., en droit civil, une comparaison entre les « contrats à exécution instantanée » et ceux à « exécution successive », J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, pp. 271-272 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, pp. 203-206 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, pp. 67-68 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, pp. 97-98 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, pp. 81-82.

²⁰⁴ V. part., C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, th., PUAM, 2003.

²⁰⁵ Art. L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée ». Du reste, on pourrait renvoyer ici à la jurisprudence administrative, v. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec.*, p. 125.

²⁰⁶ CE, 5 févr. 2009, *Association centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes (SCA)*, *Rec.*, p. 20.

« contrats perpétuels »²⁰⁷, la fin d'un acte peut être indéterminée. Ce qui ne signifie pas, une fois encore, que l'engagement contractuel soit indéfini. Il en va ainsi de certains contrats dont l'objet porte sur l'organisation de la distribution d'eau potable²⁰⁸. Mais la faculté de ne pas fixer de terme est directement fonction des principes qui régissent le service public visé et du pouvoir de résiliation unilatérale. De sorte que le juge administratif se réserve la possibilité d'annuler un contrat dont le terme est indéterminé lorsque l'exigent les principes applicables au service rendu. Sa décision est ainsi soumise à une appréciation casuelle. En tout cas, l'éventualité qu'un contrat ne fixe aucun terme sépare un peu plus cette catégorie des conventions d'administration. Les orientations issues de leurs stipulations apparaissent définitivement comme un phénomène singulier : elles requièrent toujours un terme déterminé tandis que les contrats peuvent admettre un terme déterminable. Afin de les situer au sein des manifestations juridiques, il est possible de renvoyer à l'ancienne distinction entre l'institution et le contrat.

592. Au plan temporel, les conventions d'administration pourraient, en fait, se situer à mi-chemin entre les théories de l'institution et du contrat. Il convient d'abord de rappeler brièvement le fondement de la construction théorique qui conduit à cette opposition. Pour Hauriou, « la donnée essentielle des relations du contrat et de l'institution consiste en ceci que l'institution est faite pour durer tandis que le contrat n'est pas fait pour durer »²⁰⁹. Et il précise que « le contrat est, dans la force du terme, un « acte juridique », c'est-à-dire une « opération actuelle, éphémère, transitoire » tandis que l'institution est un « fait juridique » qui peut durer indéfiniment »²¹⁰. Dès lors, la distinction entre ces deux phénomènes découle de leur résistance aux effets du temps. Avant que ne s'étoffe le régime du contrat, Hauriou percevait dans cette notion une forme d'immutabilité très éloignée de l'institution. Car seule cette dernière est perçue comme une œuvre ayant vocation à s'adapter dans la

²⁰⁷ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 12^{ème} éd., 2010, pp. 245-246 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, pp. 273-274 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, pp. 464-466 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, p. 308. V. aussi, avec plus de réserves sur la généralité de la règle, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 247 et s., v. surtout, J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Société de législation comparée. Mélanges D. Tallon*, Litec, 1999, p. 251.

²⁰⁸ CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *Rec.*, tab., p. 809. V. aussi, CE, 22 févr. 1980, *SA des Sablières modernes d'Aresy*, *Rec.*, p. 109.

²⁰⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 199.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 200.

durée²¹¹ pour acquérir une certaine permanence dans un milieu social donné²¹². Une pareille séparation peut sembler, à rebours, excessive. D'où la formulation de critiques à son encontre. Pour certains, « la cause du contrat [...] est précisément d'établir une situation nouvelle généralement destinée à durer »²¹³. L'exactitude de cette proposition ne saurait être discutée. Mais persiste, en revanche, une ambiguïté sur la séparation à opérer entre la durée de l'acte et la durée de la situation créée par l'acte. À ce titre, les propos de Maurice Hauriou conservent une pertinence suffisante pour être utilisés dans cette étude.

Au sein de cette dialectique, les conventions d'administration recouvrent une position intermédiaire. Elles empruntent à la fois au contrat et à l'institution²¹⁴. Les auteurs de ces actes ne cherchent pas véritablement à assurer la stabilité du droit. Il s'agit plutôt de tenir compte d'une situation et de prévoir l'action administrative sur une période donnée. En cela, ces procédés s'inscrivent dans un phénomène global de renouvellement rapide et régulier du droit²¹⁵. Ils y participent cependant avec l'ambition de maîtriser la production juridique. Aussi leur existence ne peut-elle être éphémère. En un sens, ce caractère hybride conforte le sentiment selon lequel « l'administration publique [...] a une tendance très marquée à transformer en situations institutionnelles toutes les situations d'origine contractuelle qu'elle crée autour d'elle »²¹⁶. Par la durée et la continuité qu'elles supposent, les conventions d'administration corroborent assez bien cette opinion.

593. En définitive, les effets d'un énoncé normatif ne peuvent jamais être considérés comme absolument permanents²¹⁷. Certes, leur « validité temporelle »²¹⁸

²¹¹ *Ibid.*, p. 202.

²¹² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 198 ; v. aussi, F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, pp. 195-201.

²¹³ *Ibid.*, p. 138. V. auparavant, sur les nuances de cette distinction, G. MARTY, « La théorie de l'Institution », in G. Marty et A. Brimo (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Pedone, 1969, p. 35.

²¹⁴ V. not., M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDCO*, 2006, p. 307.

²¹⁵ V. sur cette question, J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 18. V. aussi, J. CHEVALLIER, « L'accélération de l'action administrative », in Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 489.

²¹⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 204.

²¹⁷ V. not., G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, th., Dalloz, coll. NBT, vol. 62, 2007, p. 49.

²¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, F. Deuticke, 2^{ème} éd., 1960, trad. Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, rééd. Bruylant LGDJ, 1999, p. 304 ; V. aussi, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Manz verlag, 1979, trad. PUF, 1996, coll. « Léviathan », pp. 191-192.

fluctue et contribue parfois à assurer la stabilité de l'ordonnement normatif. Mais on ne saurait considérer une règle de droit comme immuable. Édictée par une autorité compétente, elle vaut pour une certaine durée, qui peut être prévue par l'acte lui-même, fixée par le droit objectif ou laissée à la discrétion des pouvoirs publics. Pour leur part, les orientations prévues par les conventions d'administration couvrent des périodes plutôt longues et bien délimitées. Cette caractéristique permet de mieux identifier les effets indirects engendrés par ces procédés. Elle complète l'analyse de la normativité médiate précédemment menée. Cependant, la compréhension intégrale de ce phénomène est subordonnée à la mise en exergue de sa diversité.

Sous-section 2 : Des effets diversifiés

594. L'activité administrative comporte plusieurs sortes de procédés d'orientation conventionnels. Issus d'une diversification des effets directifs, leurs caractères généraux méritent d'être réévalués car, selon les circonstances, ils peuvent s'exprimer de différentes manières. Au-delà des éléments communs aux directives conventionnelles, la nature de l'acte orienté semble influencer sur les conséquences des conventions d'administration. Elle est susceptible d'affecter en particulier la précision des orientations. Et, plus radicalement encore, certains mécanismes peuvent revêtir des formes qui ne correspondent guère à leur nature : derrière les apparences conventionnelles se dissimule parfois un acte d'un tout autre genre. L'ensemble de ces orientations poursuit une préoccupation générale de planification des politiques publiques²¹⁹. Par là même, elles se rejoignent. Mais le succès de cette modalité réside surtout dans son adaptation²²⁰, laquelle met en péril son homogénéité. Du moins, cela invite à classer les effets indirects en fonction de l'acte orienté. Il est ainsi possible de mieux estimer l'utilité des conventions d'administration. Une approche simple consiste alors à envisager successivement l'orientation lorsqu'elle est appliquée aux actions unilatérales (§1) ou aux actions conventionnelles (§2).

²¹⁹ Y. JÉGOUZO, « Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 220.

²²⁰ V. en comparaison des systèmes de planification socialistes, Ch.-L. VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972, p. VII et s.

§1. L'orientation d'actions unilatérales

595. L'édition d'actes unilatéraux dont l'objet consiste à orienter l'action publique est une pratique courante, comme en attestent les circulaires²²¹. Elle peut se manifester à tous les niveaux administratifs et prend parfois des apparences trompeuses. Par exemple, le Conseil d'État reconnaît la possibilité qu'une « convention » soit conclue entre l'État et la Caisse des dépôts et consignations afin de définir « certaines orientations de la politique de gestion des actifs des fonds »²²². Mais il semble bien que cet acte se rattache formellement aux procédés unilatéraux. Ses clauses se bornent, en effet, à guider les décisions du seul organisme sans que l'on puisse relever une quelconque réciprocité²²³.

En revanche, il arrive que de véritables conventions soient utilisées pour guider des décisions²²⁴. Ce procédé est original puisqu'il suppose une combinaison des catégories juridiques. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus seulement d'une succession de moyens unilatéraux. Dès lors, s'il est vrai que « le contrat est désormais reconnu comme un mode autonome d'action administrative, distinct et concurrent de la décision administrative »²²⁵, la réalité est plus complexe. Assez souvent, il n'existe pas en pratique de cloisonnement strict entre les actes²²⁶. Cette observation vaut, au surplus, à la fois pour la préparation de décisions non-réglementaires (a) et réglementaires (b).

a) L'orientation de décisions non-réglementaires

596. Les actes conventionnels et les décisions non-réglementaires sont censés tenir compte de la subjectivité d'une situation²²⁷. Pour cette raison, on comprend que les premiers puissent préparer l'édition des secondes. Cela ne remet pas en

²²¹ V. aussi, F. MODERNE, « Proposition et décision (Recherches sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 597.

²²² CE Ass., Avis, 13 juill. 2006, *Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique*, avis n° 373-269.

²²³ D'ailleurs, aucune distinction n'est établie entre la possibilité pour l'État d'orienter ces actions par décret ou par convention.

²²⁴ Cela vaut a fortiori s'agissant des documents de programmation et de planification. V. not., CE, Rapport public, *L'eau et son droit*, EDCE, n° 61, 2010, p. 87.

²²⁵ L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, p. 9.

²²⁶ J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187. L'auteur y évoque une « échelle de continuité ».

²²⁷ V. not., au sujet des actes non-réglementaires, P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, pp. 122-124.

cause l'originalité de cette procédure. Mais il est plus facile de la concevoir par opposition à l'orientation conventionnelle de mesures générales et impersonnelles. Car sont alors combinés des actes dont la portée est différente. Jusque là, ce type d'orientation s'est manifesté pour l'essentiel au sujet des décisions de subventionnement. Il est néanmoins possible de l'envisager dans d'autres circonstances – et sous des formes différentes – comme en matière d'urbanisme.

597. L'octroi de subventions fournit un vivier pour la signature de conventions dont le but est d'orienter la politique budgétaire des personnes publiques. Ce procédé est devenu habituel s'agissant des contributions financières versées à certaines associations. Il s'agit d'un moyen précisé par l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 pour les subventions dépassant un certain montant²²⁸. Il a ensuite été relayé par plusieurs circulaires ministérielles. Ces textes invitent l'État à passer des conventions pluriannuelles afin de déterminer des objectifs et donner une indication du montant envisagé²²⁹. Tout récemment encore, le législateur a introduit un procédé similaire au profit d'un groupement d'intérêt général²³⁰. Pour chacune de ces hypothèses, sous réserve de l'ouverture des crédits correspondants²³¹, la décision d'octroi interviendra au regard des orientations conventionnelles. Dans cette mesure, ces conventions pluriannuelles concourent à la préparation d'un acte non-réglementaire. L'attention portée à ces mécanismes s'explique à la fois par le rôle de ces organismes dans la réalisation d'objectifs d'utilité publique et la volonté de sécuriser leur financement²³².

²²⁸ Art. 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, 13 avr. 2000, p. 5646 : « L'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée ».

²²⁹ Circulaire du 1^{er} déc. 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'État et les associations, *JORF*, 2 déc. 2000, p. 19160 ; circulaire du 24 déc. 2002 relative aux subventions de l'État aux associations, *JORF*, 27 déc. 2002, p. 21697 ; circulaire n° 5193/SG du 16 janv. 2007 relative aux subventions de l'État aux associations et conventions pluriannuelles d'objectifs (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr) ; circulaire du 18 janv. 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, *JORF*, 20 janv. 2010, p. 1138. V. aussi et auparavant, circulaire du 7 juin 1996 relative aux conventions-cadres passées avec certaines associations soumises au régime de la loi de 1901 et subventionnées par l'État, *JORF*, 12 juin 1996, p. 8722.

²³⁰ Art. 1^{er} de la loi n° 2011-156 du 7 févr. 2011 relative à la solidarité dans les domaines de l'alimentation en eau et de l'assainissement, *JORF*, 8 févr. 2011, p. 2472.

²³¹ V. aussi, s'agissant des contrats de ville, CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Hautmont*, req. n° 97DA01074.

²³² V. en ce sens, É. GINTRAND et G. GOUAISLIN, « La contractualisation des subventions publiques », *DA*, 1998, chron. 9.

En dépit de l'engouement pour ces méthodes, les effets produits par les orientations conventionnelles sont variables en matière de subvention. Cela résulte de la marge de manœuvre reconnue par principe à l'administration. Le juge veille de façon scrupuleuse à préserver le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les autorités administratives. À ce titre, il estime que le fait de prévoir le montant d'une future subvention n'affecte pas leurs prérogatives. Plusieurs motifs peuvent ainsi conduire l'administration à réévaluer la somme inscrite dans les clauses conventionnelles. En ce sens, un arrêt affirme que celle-ci « *ne peut être regardée que comme l'un des éléments de référence servant à la préparation des budgets des exercices suivants, sans pour autant constituer nécessairement le montant minimum des subventions versées au titre de ces exercices* »²³³. Tout en notant le rôle de référentiel de ces conventions, le juge en circonscrit donc les effets. De tels actes n'assurent pas une subvention minimale au bénéficiaire²³⁴ mais n'imposent pas non plus une subvention maximale à l'administration.

598. L'orientation des décisions de subventionnement et d'ouverture de crédits peut être rapprochée de certaines pratiques. Il en va ainsi des modalités relevées au sujet des autorisations d'urbanisme. Tandis que l'administration ne saurait s'obliger à délivrer un permis de construire par la signature d'un contrat²³⁵, il lui est possible de convenir afin d'en orienter l'octroi. Cette faculté est pleinement compatible avec les interdictions contractuelles en cette matière. En ce sens, concernant une autorisation de lotir, le Conseil d'État a jugé qu'un accord, dont le contenu prévoyait la participation financière d'un lotisseur, pouvait avoir lieu s'il avait « *pour seul objet de préparer l'intervention et faciliter l'exécution de la décision préfectorale* »²³⁶. Néanmoins, la méthode consacrée par le juge est différente du processus d'orientation conventionnelle. En effet, l'arrêté préfectoral ne se réfère visiblement pas à la convention. Il se borne à renvoyer à cet acte. Cela est suggéré par la jurisprudence puisque l'autorisation de lotir sert à déterminer l'entrée en vigueur de

²³³ CAA Nantes, 11 juin 1992, *Ministre de la culture c/ SARL « Centre dramatique national de Rennes »*, *Rec.*, p. 537.

²³⁴ Cependant, la possibilité est parfois laissée de garantir un financement minimal pour la durée de la convention (Circulaire n° 5193/SG du 16 janv. 2007 relative aux subventions de l'État aux associations et conventions pluriannuelles d'objectifs, p. 5) (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr). Une telle clause ne correspond guère au caractère discrétionnaire de la subvention. On peut ainsi penser que le juge administratif aurait, le cas échéant, tendance à ne pas en tenir compte.

²³⁵ E. FATÔME, « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993 (n° spécial), pp. 65-66. V. pour une illustration jurisprudentielle, CAA Paris, 11 mars 1997, *SCI Le bouvier*, req. n° 94PA01293.

²³⁶ CE, 20 juill. 1971, *Société civile du domaine du Bernet*, *Rec.*, p. 548 ; CE, 14 juin 1978, *Société immobilière du Val Roger*, *Rec.*, p. 253 ; CE, 2 oct. 1992, *Ministre du budget c/ SA Crédit immobilier de la Somme et Commune de la Châpelle-en-Serval*, *Rec.*, p. 351.

l'accord²³⁷. Dès lors les deux actes doivent être perçus comme distincts. La convention n'est pas incorporée à la décision unilatérale. Voilà pourquoi, en dépit des apparences, ce processus ne consiste pas en de simples orientations. Il est plus que cela : l'accord paraît contenir des clauses impératives dont les effets sont conditionnés par l'entrée en vigueur de l'acte, laquelle dépend de l'intervention d'un arrêté.

Plus révélatrices sont en revanche les orientations guidant des autorisations de police administrative. Au sujet d'une installation classée, le juge administratif a ainsi affirmé : « il est constant que l'établissement concerné est situé à proximité de plages et d'une réserve naturelle sur la rivière Ardèche, laquelle a fait l'objet d'un contrat de rivière qui a, en l'espèce, un caractère de directive pour l'administration »²³⁸. Par là même, le tribunal consacre explicitement les effets d'orientation de ces conventions. Et un auteur d'ajouter que l'interdiction contractuelle en matière de police « n'empêche [...] pas de mentionner dans le contrat que les décisions et actes réglementaires, pris au titre de la police des eaux sur les cours d'eau concernés, *devront être cohérents avec les objectifs du contrat* »²³⁹. Au demeurant, cette jurisprudence a été ensuite confirmée par la Cour administrative de Nancy, qui a notamment prononcé l'incompatibilité d'une autorisation d'exploitation d'une usine de blanchiment avec les objectifs d'un contrat de rivière²⁴⁰. Encore éparses, ces décisions participent indéniablement à la reconnaissance des effets d'orientation de certaines conventions.

599. Recouvrant des expressions variables, la technique d'orientation ne limite pas tant la marge de manœuvre des acteurs publics. Ils peuvent s'écarter, le cas échéant, de certaines directives ou même y ajouter de nouveaux éléments. À cet égard, la préparation de décisions non-réglementaires est assez symptomatique car elle est revêtue d'une subjectivité évidente. Elle oblige les parties à s'adapter au contexte et explique la contingence qui entoure l'édiction de telle ou telle décision. Voilà

²³⁷ *Ibid.*, p. 548.

²³⁸ TA Lyon, 10 déc. 1989, *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature section Ardèche*, RJE, 1990, p. 119 (nous soulignons). V. égal. les conclusions du commissaire du gouvernement sur cette affaire, G. FONTBONNE, concl. sur le jugement TA Lyon, 10 déc. 1989, *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature section Ardèche*, RJE, 1990, p. 123 : « il [le préfet] devait à notre sens, non seulement se fonder sur la circulaire du 6 juin 1953, mais aussi sur le contrat de rivière Ardèche claire qui constitue aussi une directive que l'administration s'est donnée à elle-même et de laquelle elle ne peut s'écarter sans raison lors de la prise de décisions ponctuelles ».

²³⁹ R. ALLEMAND, « La gestion conventionnelle des cours d'eau », *Droit de l'environnement*, 2005 (n° 125), p. 31 (nous soulignons).

²⁴⁰ CAA Nancy, 11 avr. 2005, *SA Blanchiment de Xonrupt II*, n° 03NC00544. Remarquons que la solution retenue a ensuite été modifiée lors d'un arrêt de renvoi (CAA Nancy, 30 avr. 2008, *SA Blanchiment de Xonrupt II*, n° 08NC00734). Cependant, cela n'a pas affecté la référence faite dans la première décision de la Cour d'appel. En revanche, celle-ci n'a visiblement pas jugé utile de la renouveler une seconde fois lorsqu'elle s'est prononcée sur cette affaire sur renvoi du Conseil d'État.

pourquoi le caractère aléatoire de la technique d'orientation s'exprime ici fortement. La jurisprudence administrative traduit d'ailleurs cette idée : elle analyse les projets d'aménagement d'un contrat de plan comme ne préjugeant en rien de l'utilité publique d'autres opérations connexes²⁴¹. Il y a ainsi un degré important, mais nécessaire, d'incertitude dans ce procédé. Cet aléa se manifeste dans une moindre mesure s'agissant de la préparation de décisions réglementaires.

b) L'orientation de décisions réglementaires

600. La doctrine soutient parfois que « le contrat prend la place du règlement »²⁴². Il n'est guère possible de confirmer cette vue. Il arrive par contre que l'élaboration de décisions réglementaires s'appuie sur des conventions d'administration. Ce processus d'élaboration est plus surprenant encore que celui relatif aux mesures non-réglementaires. Car, en théorie, il suppose l'orientation d'un acte empreint d'objectivité par un autre tenant compte, pour sa part, d'une situation subjective. Aussi, la préparation de décisions réglementaires peut conduire à s'interroger sur la nature des actions en cause. S'agit-il vraiment de conventions malgré le but qui leur est assigné ? Il y a des raisons d'en douter et tout lieu de nuancer cette hypothèse.

601. Peu fréquentes sont les situations dans lesquelles un règlement se réfère à une convention. Cette technique a été occasionnellement employée à propos des contrats de plan. En ce sens, un article du Code de l'éducation énonce que « *dans le cadre du contrat de plan régional de développement des formations professionnelles*, chaque région arrête annuellement un programme régional d'apprentissage et de formation professionnelle continue »²⁴³. Une délibération portant sur l'aménagement de transports en commun²⁴⁴ offre une seconde illustration de ce phénomène. D'autres situations peuvent être mentionnées mais requièrent plus de précaution en raison de la nature particulière de l'acte d'orientation et de l'identité des parties²⁴⁵. Tel est le cas des

²⁴¹ CE, 24 nov. 2004, *Commune de Veigné*, *Rec.*, tab., p. 730.

²⁴² M. VASSEUR, « Le nouvel essor du concept contractuel », *RTDciv.*, 1964, p. 13.

²⁴³ Art. L. 214-13-VI du Code de l'éducation.

²⁴⁴ Délibération n° 2006/1147, du 13 déc. 2006, du Syndicat des transports d'Ile-de-France (document consulté sur le site www.stif.info). V. égal., des illustrations impliquant une convention d'objectifs et de gestion : la décision du 30 août 2010 relative à la mise en œuvre d'un nouveau « flux medico-administratif » entre les CMSA et la CCMSA (document consulté sur le site www.msa33.fr) ; l'acte réglementaire du 18 juin 2010 relatif à un traitement de données à caractère personnel concernant le Système d'Information Décisionnel Maladie Santé (document consulté sur le site www.msa13.fr).

²⁴⁵ Il en va ainsi de plusieurs « conventions ». V. par ex., la « convention nationale de mise en œuvre du plan d'extension de la couverture du territoire par les réseaux de téléphonie mobile » signée le 15 juill. 2003, qui a

protocoles d'accord signés dans la fonction publique avec les organisations syndicales²⁴⁶. Certes, ils recouvrent une valeur juridique modeste et leurs effets sont soumis à l'intervention de dispositions normatives²⁴⁷. En cela, ils correspondent à l'idée de convention d'administration. Mais le juge leur dénie toute valeur juridique. Dès lors, il convient de faire un sort à part à ces protocoles tout en les évoquant pour leur contribution à la production normative. Selon la matière concernée, les actes orientés seront tantôt un règlement, tantôt une loi. Ce constat invite à opérer un rapprochement entre l'intervention des pouvoirs réglementaire et législatif. Une telle comparaison peut aider à la compréhension des actions conventionnelles visant à orienter la prise d'actes unilatéraux dont la portée est générale et impersonnelle.

602. Les orientations des textes légaux et réglementaires ont des similitudes. Plus exactement, l'ancienneté de cette méthode de préparation législative, ainsi que sa présence dans plusieurs systèmes juridiques²⁴⁸, semblent en avoir fait une source d'inspiration pour les règlements. Il suffit pour s'en assurer de mentionner quelques exemples significatifs. Comme cela vient d'être dit, il arrive qu'une loi se réfère à un protocole d'accord²⁴⁹. Ensuite, la signature d'une convention relative à la sécurité des attractions foraines a, elle aussi, abouti à l'adoption d'une loi. Les motifs du texte visent d'ailleurs explicitement l'acte conventionnel initial²⁵⁰. Enfin, la législation sociale offre d'autres illustrations probantes²⁵¹. Tous ces procédés ont d'évidentes similitudes avec ceux utilisés pour les actes administratifs. En particulier,

servi à l'élaboration du décret n° 2010-741 du 30 juin 2010 relatif à la définition des zones non couvertes par les réseaux de téléphonie mobile au 1^{er} janv. 2010, *JORF*, 2 juill. 2010, p. 12037.

²⁴⁶ V. par ex., le « protocole d'accord relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie » signé le 21 nov. 2006 entre le ministre de la fonction publique et plusieurs organisations syndicales (document consulté sur www.fonction-publique.gouv.fr).

²⁴⁷ V. not., J.-L. AUTIN, « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 129 ; Y. SAINT-JOURS, « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. soc.*, 1975, p. 227. Et s'agissant de la jurisprudence, CE, 15 oct. 1971, *Syndicat national indépendant et professionnel des CRS*, *Rec.*, p. 610.

²⁴⁸ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, pp. 3-4 ; Ch.-A. MORAND, « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, pp. 186-187.

²⁴⁹ V. par ex., l'art. 45 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, *JORF*, 29 mai 1996, p. 7912.

²⁵⁰ Loi n° 2008-136 du 13 févr. 2008 relative à la sécurité des manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attractions, *JORF*, 15 févr. 2008, p. 2778. La convention visée a été conclue le 17 août 2007 entre l'Association des maires de France, des organismes de contrôle, des représentants des forains et plusieurs ministres. Au surplus, un protocole d'accord signé en 1984 précédait cet acte conventionnel.

²⁵¹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 146-149.

il ne s'agit en aucun cas de conférer une valeur légale aux clauses d'une convention. Cela relève d'une autre technique faisant appel, en principe, à un véritable contrat²⁵² et qui donne lieu à une « loi d'essence contractuelle »²⁵³.

Du reste, les orientations relatives aux actes légaux et réglementaires rencontrent des limites d'un même ordre. Une convention ne saurait ainsi, sauf dans l'hypothèse d'une modification constitutionnelle, se substituer à l'absence de disposition légale²⁵⁴. Il en résulte que si le législateur encadre les modalités d'intervention économique des collectivités territoriales, un contrat de plan ne peut ajouter une aide supplémentaire. Dans ce cas le juge se bornerait à considérer l'acte sans influence sur la légalité de la délibération créant l'aide²⁵⁵. Car seule la loi est susceptible d'habiliter les acteurs locaux à fixer de nouveaux modes d'intervention économique, y compris en les invitant à la signature de conventions. Ce raisonnement est transposable à l'échelle du règlement. En cela, les deux procédés comparés semblent proches : ils orientent mais ne peuvent méconnaître une compétence légale ou réglementaire. Dans cette mesure, le processus éprouvé pour la loi renseigne sur celui mis en œuvre pour les règlements.

603. Une ambiguïté perdure néanmoins au sujet de l'orientation conventionnelle d'un acte dont la portée est générale. En fait, la prétendue convention pourrait facilement dissimuler un acte unilatéral négocié. Cette crainte est alimentée par le rapport du Conseil d'État parce qu'il joint deux mécanismes. Tantôt il renvoie à la signature d'une convention pour l'élaboration de la loi ; tantôt il se borne à relever le déroulement de négociations²⁵⁶. Or, bien qu'elle soit primordiale, cette distinction n'est pas assez mise en valeur dans cette étude. On peut le regretter car une division rigoureuse révélerait peut-être l'inadaptation des conventions lorsqu'il s'agit d'orienter l'édiction d'un règlement. En pratique, de simples négociations sont souvent suffisantes. Elles correspondent à la volonté d'établir un dialogue tout en étant

²⁵² J. GAEREMYNCK, concl. sur l'arrêt CE Ass., 19 avr. 1991, *M. Faure*, *RFDA*, 1992, pp. 40-44.

²⁵³ B. TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 103. V. aussi, sur le concept de « Loi-convention », J. CAILLOSSE, « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in S. Chasagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, pp. 141-151.

²⁵⁴ V. sur ce point, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 149-154.

²⁵⁵ CE, 15 févr. 1993, *Région Nord-Pas de Calais*, req. n° 82320.

²⁵⁶ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 146-148.

plus conformes au caractère objectif attaché au règlement. C'est pourquoi le recours aux conventions d'administration pour ces opérations est sporadique. Toutefois, la rareté de cette hypothèse ne dispense pas d'en souligner l'existence. Comme elle n'empêche pas de s'interroger sur un processus d'objectivisation des conventions dans ces cas. Il en va autrement lorsque les stipulations servent à orienter d'autres actions conventionnelles.

§2. L'orientation d'actions conventionnelles

604. En droit public comme en droit privé, les actes préparant la signature d'une convention se multiplient. M. Le Tourneau a effectué, à cet égard, un recensement complet des pratiques relatives aux contrats civils²⁵⁷. Les conventions d'administration peuvent être incluses dans ce phénomène. En tant qu'actes préparatoires, elles contribuent à une sorte de *politique conventionnelle de petits pas*. Cette démarche vise à sécuriser les rapports juridiques. C'est-à-dire à limiter l'incertitude des futures clauses et, plus globalement, à prévoir l'acte qui liera les parties. Elle vaut pour l'élaboration de contrats (b) mais aussi de conventions d'administration (a).

a) Le prolongement par la signature de conventions d'administration

605. Les clauses des conventions d'administration peuvent supposer la signature de nouvelles conventions pour leur application²⁵⁸. Cette faculté est parfois inscrite explicitement par les parties ou indiquée au sein des textes institutifs²⁵⁹ mais se manifeste aussi par la volonté d'autres sujets. Il arrive, en effet, que des tiers se réfèrent à des stipulations conventionnelles pour asseoir la conclusion d'un accord. Au-delà de ces circonstances, le résultat escompté est d'assurer le prolongement des objectifs initiaux. Deux considérations guident alors l'action des auteurs. La signature de nouvelle convention d'administration est déterminée soit par des motifs territoriaux, soit par des motifs fonctionnels.

²⁵⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, pp. 353-361 ; v. égal., sur les rapports entre plusieurs actes contractuels, J. NÉRET, *Le sous-contrat*, th., LGDJ, coll. « BDPPr. », t. 163, 1979 ; v. aussi, et plus généralement, F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, pp. 245-247.

²⁵⁸ J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan », *R4*, 2001, p. 64. V. plus généralement, G. MARCOU, « Les instruments contractuels de l'aménagement du territoire dans les relations entre collectivités publiques », in J.-C. Némery (dir.), *Le renouveau de l'aménagement du territoire*, Economica, 1994, p. 371.

²⁵⁹ J.-M. de FORGES, « Le volet hospitalier de la réforme de la protection sociale de 1996 », *RDSS*, 1996, pp. 727-729.

606. Un grand nombre de conventions porte, tout d'abord, sur la gestion du territoire. Il paraît donc logique que cette politique soit déclinée à tous les échelons territoriaux. La mise en œuvre d'objectifs régionaux appelle, par exemple, un prolongement aux niveaux départemental et communal. Ces grandes orientations doivent être affinées à l'occasion de chaque convention. Et une exigence de cohérence devrait normalement régir l'ensemble ainsi constitué. Celle-ci débiterait par la concordance entre les durées de validité de ces actes.

Les contrats de plan – et aujourd'hui les contrats de projets – illustrent parfaitement l'idée d'un prolongement territorial²⁶⁰. Leur vocation est d'orienter les politiques intéressant les territoires qui composent la collectivité régionale. Un contrat d'agglomération énonce ainsi que « la présente convention est une *application* du contrat de plan État-région [...] »²⁶¹. Cette affirmation est significative du lien étroit entre ces actes. Elle ressort avec la même certitude du Code de l'environnement, qui énonce : « l'Etat et les régions adhérant à la charte peuvent conclure avec l'organisme de gestion du parc *un contrat en application du contrat de plan Etat-régions* »²⁶². Ajoutons encore à ces exemples les contrats de ville dont la conclusion intervient également en application des contrats de plan²⁶³. Voilà pourquoi on a pu écrire que les contrats de plan étaient « en quelque sorte la *matrice* des autres »²⁶⁴ conventions.

²⁶⁰ V. not., J. CAILLOSSE, *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2009, pp. 92-93 ; M. CASCALES, « 1994-1998, les contrats de plan État-région », *RFFP*, 1995 (n° 52), pp. 149-154 ; F.-X. FORT, « Le bilan des contrats de plan après deux décennies d'exécution », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 221 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 349 ; Y. JÉGOUZO, « Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 220 ; J.-F. JOYE, « Vers un renforcement de la valeur juridique des contrats de plan entre l'État et les régions ? Libre propos sur une jurisprudence récente », *CMP*, 2002, chron. 4, p. 5 ; Y. MADIOT, « Les contrats de plan, une technique juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n° 29), pp. 11 et s. ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « La planification française entre centralisation et décentralisation », *RFDA*, 1995, p. 1005 ; A. NOURY, « Le plan régional et les contrats régionaux de plan entre collectivités locales », *Les cahiers du CNFPT*, 1994 (n° 40), pp. 51-69 ; J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan État-région et l'aménagement du territoire », *AJDA*, 1989, p. 745 ; J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan », *RA*, 2001, p. 64 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 554-555.

²⁶¹ Art. 3 du contrat d'agglomération du Val d'Orge signé le 5 déc. 2003. Cette idée se retrouve régulièrement au sein des instruments conventionnels et rejoint les dispositions légales sur la mise en œuvre des contrats de plan. V. aussi, J.-P. BROUANT, « Les contrats d'agglomération : l'intercommunalité de projet à l'épreuve du principe de spécialité », *AJDA*, 2004, spéc. pp. 907-909.

²⁶² Art. L. 333-1 al. 5 du Code de l'environnement.

²⁶³ V. l'art. 27 de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999, p. 9515. V. auparavant, sur l'exigence de cohérence de l'opération conventionnelle, Ph. LERUSTE, « Les contrats d'aménagement de villes moyennes », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4234 à 4236.

²⁶⁴ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996, p. 194.

Cela est également vrai des contrats urbains de cohésion sociale. Ils forment des référentiels pour la conclusion des contrats locaux de sécurité²⁶⁵, des conventions de rénovation urbaine, des contrats locaux de santé²⁶⁶, ou encore des contrats éducatifs locaux²⁶⁷. De même, une circulaire du 28 octobre 1997 énonce la possibilité au sein des communes de Paris, Lyon et Marseille que soient conclus des contrats par arrondissement. Elle met cependant en garde les sujets. Car « il conviendra alors de veiller à la cohérence entre les contrats d'arrondissement et le contrat portant sur l'ensemble de la commune »²⁶⁸. Enfin, d'autres « conventions particulières » sont susceptibles d'être passées pour lutter contre la délinquance en milieu scolaire. Elles doivent, là encore, tenir compte de la mise en œuvre du contrat local de sécurité applicable²⁶⁹. De la sorte, les institutions publiques transposent les orientations conventionnelles en les adaptant aux circonstances territoriales.

607. Au motif territorial s'en ajoute un autre, qui traduit une spécialisation des conventions selon le domaine visé. Certes, la signature de ces actes n'est pas toujours dépourvue de considérations territoriales. Mais prime ici la volonté de prolonger par une convention spécialisée une action dont la portée est plus générale. De fait, cette justification peut surtout être avancée au sujet des établissements publics ou des procédés élaborés au sein d'une même personne. En témoignent les contrats d'objectifs et de moyens passés par les centres hospitaliers universitaires. Leurs stipulations doivent, en effet, se référer aux orientations des contrats quadriennaux²⁷⁰. Relèvent aussi de ce procédé certaines conventions relatives à l'enseignement scolaire²⁷¹. Et dans une moindre mesure, parce qu'il répond aussi à des besoins territo-

²⁶⁵ V. not., la circulaire du 4 déc. 2006 relative à la politique de prévention de la délinquance et à la préparation des contrats locaux de sécurité de nouvelle génération (document consulté sur le site : www.circulaires.gouv.fr).

²⁶⁶ Art. L. 1434-17 du Code de la santé publique. Le lien entre ces deux conventions ressort en particulier d'une circulaire du 20 janv. 2009 adressée par le ministre de la santé et des sports aux préfets de département et de région.

²⁶⁷ Circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale, spéc. §1 (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr).

²⁶⁸ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757, spéc. §II.

²⁶⁹ Circulaire du 2 oct. 1998 relative à la lutte contre la violence en milieu scolaire et au renforcement des partenariats, *JORF*, 11 oct. 1998, p. 15395, spéc. § IV-2.

²⁷⁰ Art. D. 6114-1 du Code de la santé publique. V. aussi, plus anciennement, L. FAVOREU, « Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. », *AJDA*, 1965, p. 453.

²⁷¹ J. FIALAIRE, « Les conventions de partenariat entre les collectivités publiques dans le secteur de l'éducation », in J. Fialaire (dir.), *Les contrats et le système éducatif*, LGDJ, 2004, p. 61.

riaux, le prolongement des contrats urbains de cohésion sociale peut aussi être mentionné²⁷². Par suite, certaines conventions précisent leurs orientations pour un domaine spécifique. Il ne s'agit pas alors de décliner les clauses en fonction d'un territoire mais de les adapter à une préoccupation d'intérêt général, comme l'éducation ou la sécurité. Vraisemblablement, un nombre moins élevé de conventions semble répondre uniquement à ce second motif, mais on peut raisonnablement s'attendre à une multiplication des conventions de type sectoriel dans les prochaines années.

608. En dépit de leurs justifications, ces pratiques conduisent à une extrême confusion, qui n'est pas sans rappeler celle affectant les circulaires ministérielles²⁷³. L'apparente cohérence de l'action administrative n'empêche pas une impression d'enchevêtrement de conventions²⁷⁴. En vérité, il est difficile d'en comprendre l'ordonnement car il n'existe pas vraiment de hiérarchie entre ces actes. Ainsi, on ne saurait comparer cet ensemble conventionnel à une pyramide bien ordonnée. Il évoque plutôt un réseau de conventions²⁷⁵ dont l'organisation est souvent laissée aux acteurs²⁷⁶. Aussi, le seul agencement susceptible d'être proposé pourrait suivre la structure institutionnelle. Il rendrait compte alors de l'organisation territoriale et fonctionnelle des personnes publiques jusqu'à ses plus petites subdivisions. Ce qui comprend la situation des entités relevant d'une même personne morale. Au surplus, le sentiment d'incohérence est accentué par la succession des conventions dans le

²⁷² Circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale, spéc. §1 (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr).

²⁷³ V. à ce propos, la circulaire du 25 février 2011 relative aux circulaires adressées aux services déconcentrés, *JORF*, 1^{er} mars 2011, p. 3635 : « L'efficacité de l'action de l'Etat exige que chaque ministère veille à ce que les instructions qu'il adresse aux services déconcentrés s'insèrent de manière cohérente dans la politique d'ensemble du Gouvernement. Cette exigence ne peut pas être respectée lorsque les services déconcentrés de l'Etat sont exposés à un flot de circulaires, émanant de multiples signataires, et diffusées de manière indifférenciée ». Toutefois, en raison de leurs conditions de conclusion, et notamment le fait qu'elles exigent la présence de plusieurs auteurs, les conventions d'administration présentent sans doute moins de risques de dérive.

²⁷⁴ V. part., J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 82 ; M. HECQUARD-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, pp. 456-461. Et souvent relevée de manière sectorielle, v. B. BRASSENS et autres, *Rapport sur les dispositifs de revitalisation territoriale, contrats de site, convention de revitalisation*, Inspection générale des affaires sociales, oct. 2006, not. p. 6. Cet état du droit conduit parfois certains acteurs à juger le phénomène conventionnel en voie d'« asphyxie » (M. ROCARD, « Le malaise français en matière de contractualisation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, p. 187.

²⁷⁵ V. sur cette question, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. pp. 43-107.

²⁷⁶ Art. 26 al. 4 de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999, p. 9515 : « Lorsqu'un pays comprend une agglomération éligible à un contrat particulier, la continuité et la complémentarité entre le contrat de pays et le contrat d'agglomération sont précisées par voie de convention entre les parties concernées ».

temps. Ce phénomène est d'autant plus confus que les appellations des instruments font l'objet de modifications, et ce alors que l'on vise les mêmes actes. Cela ne facilite évidemment pas les efforts de systématisation relatifs à l'orientation des actions conventionnelles. Ils sont enfin rendus délicats par la possibilité qu'un contrat consacre aussi les stipulations d'une convention d'administration.

b) La consécration par la signature de contrats

609. La signature de contrats est une consécration logique de la technique d'orientation conventionnelle. Il s'agit même souvent d'une médiation nécessaire pour que les conventions d'administration puissent être perçues comme des sources normatives indirectes. À ce titre, un auteur a fort justement relevé, s'agissant des contrats de programme, que ces derniers « se suffisent rarement à eux-mêmes dans la mesure où la détermination des objectifs ne s'accompagne pas de la détermination corrélative de tous les moyens nécessaires. Aussi, dans la plupart des cas, est nécessaire la conclusion de *conventions complémentaires plus précises et plus classiques* concernant les modalités de financement ou de gestion de certaines opérations prévues dans le programme »²⁷⁷. Cette remarque vaut en vérité pour l'ensemble des conventions d'administration. En raison du caractère non-impératif de leurs clauses, elles requièrent la prise d'actes posant des énoncés normatifs. Or, parce qu'ils appartiennent à la même catégorie générique²⁷⁸, les contrats se prêtent tout particulièrement à cette médiation.

610. Dans cette mesure, il n'est pas étonnant de recenser un certain nombre de contrats dont les clauses sont issues d'une orientation conventionnelle. Seulement, on se heurte alors à la difficulté qui justifie l'ensemble de la présente thèse. Il est, en effet, délicat de tracer avec certitude la limite entre le contractuel et le conventionnel. Et cela s'avère même impossible sans un examen matériel très minutieux. De rares illustrations peuvent ainsi être mentionnées. Elles sont toutefois suffisantes pour témoigner de l'existence du procédé. Ainsi est-il arrivé qu'un protocole d'accord signé entre des entités étatiques serve à la préparation d'un contrat passé entre l'État et un établissement public²⁷⁹. De même, le Code de la sécurité sociale

²⁷⁷ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La coopération entre personnes publiques*, 1979, th. Toulouse, p. 285 (nous soulignons).

²⁷⁸ On vise ici la catégorie des actes conventionnels, qui inclut à la fois les conventions d'administration et les contrats. V. *supra*, n° 55 et s.

²⁷⁹ D. LABETOULLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *AJDA*, 1983, p. 356.

prévoit que « *la mise en œuvre des conventions d'objectifs et de gestion fait l'objet de contrats pluriannuels de gestion conclus entre, d'une part, chaque caisse nationale et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale et, d'autre part, chacun de leurs organismes régionaux ou locaux* »²⁸⁰. Il ne faut certes pas attacher trop d'importance aux termes utilisés pour la qualification juridique. Cependant, le choix opéré par le législateur semble traduire une idée simple : pour l'application d'objectifs généraux, il est nécessaire de les préciser par des énoncés impératifs inscrits dans des contrats. Ceci rejoint des mécanismes déjà employés pour d'autres conventions²⁸¹.

611. Par ailleurs, le juge administratif admet la possibilité qu'une convention oriente les clauses d'un contrat. Cette indication est un peu paradoxale puisque le Conseil d'État ne distingue pas encore explicitement ces deux catégories. Toutefois, une césure se dessine progressivement au sein de sa jurisprudence. Elle autorise à rapprocher l'arrêt *Ministre de l'écologie et du développement durable*, rendu le 7 mars 2008²⁸², de l'effet juridique envisagé ici. Afin de rechercher la responsabilité contractuelle de l'État, le juge y qualifie de « contrats particuliers » un protocole d'accord et une « charte d'exécution ». Ces actes sont ainsi considérés comme des applications d'un contrat de plan, lequel doit être classé parmi les conventions d'administration. Voilà pourquoi on a pu écrire que « ces contrats [avaient] un *effet multiplicateur* puisque un contrat de plan peut entraîner la passation de vingt à trente contrats particuliers pour sa mise en œuvre »²⁸³. Ajoutons enfin que le juge administratif avait déjà suggéré auparavant le fait qu'une convention puisse orienter la signature de véritables contrats²⁸⁴.

612. Au surplus, diverses distinctions permettent de mieux cerner l'orientation conventionnelle des clauses d'un contrat. D'une part, ce procédé se démarque de l'idée selon laquelle une convention pourrait obtenir la qualification de contrat au terme d'actions supplémentaires. En ce sens, M. Dreyfus analyse « les contrats entre personnes publiques *dans une perspective dynamique*, comme des accords

²⁸⁰ Art. L. 227-3 du Code de la sécurité sociale (nous soulignons).

²⁸¹ V. not., F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 385. V. aussi, J.-A. MAZÈRES, « De quelques problèmes dominants de la planification française », *AJDA*, 1968, pp. 216-217.

²⁸² CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, *Rec.*, tab., p. 628 (nous soulignons).

²⁸³ J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 231. V. égal., N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 554. V. déjà, J. VIRET, « L'expérience des contrats de plan à l'heure de la planification décentralisée », in *Vertus et limites de la décentralisation*, Bergeret, 1985, p. 513.

²⁸⁴ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *Rec.*, p. 534.

susceptibles de se métamorphoser en véritables contrats du fait de l'intervention d'actes complémentaires venant les préciser »²⁸⁵. L'hypothèse avancée est donc celle de conventions appelées à devenir d'authentiques contrats. Cette approche ne correspond pas à la technique d'orientation puisqu'il y a une identité entre les actes initiaux et finals. D'autre part, l'orientation conventionnelle est le pendant de l'orientation contractuelle. Tel est le cas des accords-cadres identifiés par le pouvoir réglementaire comme de véritables contrats²⁸⁶. Si ces actes ne revêtent pas explicitement cette qualification, cela se justifie par la volonté de les différencier des marchés publics. Ils interviennent, en effet, à un stade préparatoire²⁸⁷. Par leur vocation, les accords-cadres se rapprochent donc des conventions d'administration. Mais ils échappent à cette catégorie puisqu'ils comportent des clauses impératives : ils organisent en quelque sorte une orientation normative de la norme contractuelle. Voilà pourquoi on doit analyser l'accord-cadre comme relevant d'une « catégorie de contrat dont l'objet est la présélection de futurs contractants »²⁸⁸.

613. Les conventions d'administration n'épuisent donc pas les techniques de préparation des contrats mais contribuent à l'élaboration de ces derniers. Si cette fonction apparaît comme une conséquence logique, elle ne donne finalement pas lieu à beaucoup d'applications. Souvent, les contrats ne supposent pas la prise d'actes non-normatifs pour leur orientation. L'établissement de projets et le respect des procédures de sélection suffisent pour mener à bien la conclusion d'un contrat. Cela répond à la nature économique de la relation tout en satisfaisant aux exigences de la légalité. Du reste, l'utilité des conventions d'administration réside surtout dans la préparation de normes sur une période assez longue. Or cela ne correspond pas toujours avec la logique contractuelle. Celle-ci vise la réalisation d'une opération pendant une durée parfois brève. En ce cas, l'intérêt d'un procédé d'orientation est

²⁸⁵ J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, 1997, p. 121 (souligné dans le texte).

²⁸⁶ Art. 1^{er} du Code des marchés publics : « Les accords-cadres sont les contrats [...] ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

²⁸⁷ O. FÉVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP*, 2008, p. 364 : « l'accord-cadre se présente [...] sous les traits d'un contrat préparatoire, ou avant-contrat. Son objet est de fixer les éléments essentiels et les principales règles qui, dans le futur, présideront à la conclusion de marchés publics d'application ». V. aussi, G. MOLLION, « Remarques sur une nouvelle catégorie de contrat : l'accord-cadre », *DA*, 2007, étude n° 11.

²⁸⁸ G. MOLLION, « Remarques sur une nouvelle catégorie de contrat : l'accord-cadre », *DA*, 2007, étude n° 11, p. 10. V. pour une analyse de droit privé concluant également au caractère contractuel des contrats-cadres, J. GATSI, *Le contrat-cadre*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 273, 1996, pp. 303-305.

alors limité. Car la célérité de l'action contractuelle exclut alors le recours à des techniques de préparation assez lourdes du point de vue temporel.

614. Conclusion de section. Les conventions d'administration sont susceptibles d'orienter de nombreuses normes. Elles apparaissent, dès lors, comme des sources indirectes de la légalité au même titre que certains actes unilatéraux non-décisoires. Inaptes à contenir des énoncés impératifs, elles concourent néanmoins à l'élaboration du droit. Cette utilisation est essentielle dans la mesure où elle permet de rendre compte des spécificités attachées aux conventions d'administration. Ceci étant, il est vrai que les effets d'orientation ont une influence variable. Selon l'acte visé, leur effectivité est plus ou moins prononcée. Il s'avère aussi que les conventions d'administration se constituent encore souvent à la marge des instruments normatifs. On ne saurait, pour autant, en négliger les conséquences, ne serait-ce qu'au regard de la diversification du phénomène d'orientation conventionnelle.

615. Souscrire à de pareilles conclusions permet au surplus de dissiper deux confusions. La première tient à la différence entre l'effectivité d'un procédé et sa nature juridique²⁸⁹. Rien n'empêche d'envisager parmi les actes du droit des conventions dont les effets normatifs sont indirects. Aucun motif théorique n'oblige à limiter strictement les actes juridiques à ceux comportant des normes. Il est, en revanche, indispensable de bâtir des régimes spécifiques pour tenir compte des différences entre les catégories d'actes. La seconde confusion provient d'une tendance à assimiler le juridique au juridictionnel. Le fait qu'un acte soit insusceptible de recours ne signifie nullement qu'il n'est pas juridique. Admettre le contraire chasserait une quantité très importante de manifestations de droit. Mieux vaut les considérer toutes, sans jamais en exagérer les effets.

616. Conclusion de chapitre. De même qu'il serait illusoire de chercher dans chacune de leurs clauses des conséquences de droit, il est excessif de refuser tout effet juridique aux conventions d'administration. Plusieurs éléments se rejoignent pour appuyer une solution plus modérée. D'un côté, quelques observations suffisent à établir la nature juridique de nombreux procédés conventionnels. Mais de l'autre, divers arguments forcent à ne pas en exagérer les mérites. Il convient ainsi de faire une place, aussi modeste soit-elle, aux conventions d'administration parmi les actes juridiques. Plus que des relations s'épuisant dans le dialogue, elles traduisent une *réalité juridique* qui se forge progressivement. Les effets directs et indirects qu'elles dé-

²⁸⁹ V. not., F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonnes conduites, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDcin.*, 1995, p. 509.

plioient en fournissent des preuves tangibles. Au surplus, une telle conclusion présente un double intérêt d'ordre théorique et pratique.

617. D'une part, cette reconnaissance restitue une plus grande clarté à la théorie de l'acte juridique administratif. Elle permet de consolider, par opposition, la catégorie contractuelle, puisqu'elle aménage un statut spécifique aux conventions non-normatives. De sorte que toute tentative d'assimilation se trouve privée de son principal intérêt, c'est-à-dire la consécration de l'existence juridique de ces procédés. Confirmant l'idée selon laquelle les effets de droit ne s'épuisent pas dans la norme, elle a aussi l'avantage de faire correspondre la classification des actes conventionnels avec celle des actes unilatéraux. Mais surtout, reconnaître un degré quelconque de juridicité aux conventions d'administration empêche de les abandonner au domaine du *non-droit*. Or ceci est capital au plan strictement théorique. Un tel choix manifeste, en effet, l'intention de la doctrine de se saisir du phénomène pour édifier un nouveau cadre conceptuel. Adopter une position inverse serait le signe d'un renoncement²⁹⁰.

618. D'autre part, cette reconnaissance tient plus fidèlement compte de la pratique administrative. Elle traduit l'utilisation spécifique que les parties font des conventions. Jusque là ces entités ont exprimé un besoin que le droit positif n'est pas encore parvenu à satisfaire. Il s'avère en particulier que la notion de contrat poursuit des finalités qui ne correspondent pas à leurs attentes. Un nouvel instrument juridique est ainsi nécessaire²⁹¹. En raison de leur souplesse, les conventions d'administration peuvent combler tout ou partie des carences observées. Cela ne revient pas à dire qu'elles ne seraient pas perfectibles. Néanmoins leur apport semble déjà indéniable.

On objectera peut-être que la réponse cherchée ne se trouve pas dans une nouvelle technique juridique mais hors du droit. Et il est vrai que certains actes d'apparence conventionnelle sont purement informatifs et n'ont pas vocation à déployer des effets juridiques²⁹². Toutefois, une pareille opinion a ses limites et pré-

²⁹⁰ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 27 (souligné dans le texte). V. aussi, J.-A. MAZÈRES, « De quelques problèmes dominants de la planification française », *AJDA*, 1968, p. 220. Cet auteur cite à bon escient Confucius : « Si l'homme ne se préoccupe pas de choses lointaines, il s'expose aux déboires pour des choses toutes proches ».

²⁹¹ V. part., sur la question des finalités propres à chaque technique, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 765.

²⁹² V. ainsi, le contrat de projet centre social du Centre d'animation de Beaulieu adopté pour une période allant de 2010 à 2014. Il ne s'agit que d'un document unilatéral visant à informer les membres de l'institution,

sente plus d'inconvénients que d'avantages. En acceptant cela, on risquerait notamment d'encourager des pratiques dommageables pour la sécurité des relations entre les acteurs. Les directives fixées par les stipulations seraient alors privées de toute garantie, ou sinon d'ordre purement moral. L'administration pourrait ainsi être tentée de s'affranchir de certaines contraintes juridiques en concluant des conventions non-contractuelles. Voilà pourquoi une conciliation doit être trouvée entre les impératifs de flexibilité et de sécurité. Celle-ci passe par la consécration de la nature juridique des conventions d'administration. Cette étape, pourtant essentielle, est sans doute la moins aisée. En comparaison, une fois admise cette nature, le genre administratif de ces actes ne semble pas poser autant de difficultés.

les usagers et les éventuels partenaires de la politique de cet organisme (document consulté sur le site www.centredebeaulieu.fr).

Chapitre 2

L'administrativité des conventions d'administration

619. Les conventions d'administration se présentent, le plus souvent, comme des actes administratifs. Cette affirmation ne signifie nullement qu'elles le sont de manière systématique. Elle ne préjuge pas non plus de l'absence de procédés similaires au sein des relations privées, et quelques études suggèrent du reste le contraire¹. Toutefois, il s'avère que la grande majorité des conventions étudiées se rapproche intuitivement des actes administratifs. Pour reprendre l'expression de M. Weil, elle semble baigner dans « une ambiance de droit public »². Cette première impression appelle une confirmation, ce qui suppose de rechercher une qualification positive. Or s'interroger sur l'administrativité des conventions d'administration ne consiste pas forcément à transposer les méthodes applicables aux contrats. Certes, la division entre le critère organique et les critères alternatifs paraît conserver ici tout son intérêt pratique. Mais l'effectivité de chacun d'entre eux pourrait subir un certain nombre d'ajustements afin de tenir compte de la nature spécifique de ces conventions. En outre, plusieurs procédés rencontrés pour la qualification des contrats administratifs³ sont inutilisés – voire inutiles, ou même inutilisables – s'agissant des conventions d'administration. Cela invite à les exclure d'emblée de cette étude. Trois

¹ V. not., P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, p. 15 ; M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 323.

² P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, pp. 831-848.

³ V. not., sur l'intelligibilité de l'ensemble de ces critères, G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 2, p. 687.

modes de qualification doivent ainsi être écartés parce qu'ils ne correspondent pas à la nature des actes étudiés.

620. En premier lieu, des dispositions légales ne fixent jamais le genre administratif des conventions d'administration. Cette méthode retient pourtant toute l'attention de la doctrine en raison des interventions répétées du législateur au sujet des contrats. Naguère marginale, la qualification législative se manifeste aujourd'hui à l'occasion de la création de nouvelles catégories⁴ ou de la modification d'un régime juridique⁵. Tant et si bien que « les contrats administratifs sont maintenant pour l'essentiel des contrats administratifs par détermination de la loi »⁶. Au contraire, le genre des conventions d'administration est presque toujours déterminé en dehors de la loi. Ce constat n'est guère surprenant et trouve une justification dans la finalité de la qualification légale : celle-ci est historiquement opérée dans le but de régler d'éventuels conflits de compétences juridictionnelles en neutralisant les solutions jurisprudentielles. D'ailleurs les premiers textes de loi ne qualifiaient pas directement l'acte⁷. Ils se contentaient d'attribuer le contentieux au juge administratif, ce qui n'emportait pas la qualification de l'acte ou plutôt la suggérait implicitement.

Désormais, l'intention du législateur est à la fois plus générale et explicite. Il s'agit de soumettre l'acte à un régime administratif et, inversement, de le soustraire aux règles de droit privé. En quelque sorte, cela contribue ainsi à la recherche d'une bonne administration de la justice⁸, entendue au sens large⁹. Car il arrive que

⁴ Art. 1^{er} de l'Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, JORF, 19 juin 2004, p. 10994.

⁵ Art. 2 de Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JORF, 12 déc. 2001, p. 19703 (pour les marchés soumis au Code des marchés publics). V. pour l'application du texte, CE, 29 juill. 2002, *Société MAJ blanchisserie de Pantin*, Rec., p. 297 ; TC, 20 févr. 2006, *M. Guy X.*, n° C3498 ; TC, 17 déc. 2007, *Société Lixxbaïl*, Rec., tab., p. 935. V. sur ces questions, G. CLAMOUR, « Loi Murcef : les enjeux de « l'administrativisation » des marchés publics », *JCP G*, 2002, doct., 123 ; F. MODERNE, « Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA*, 2001, p. 707 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., pp. 110-116. V. sur l'ensemble de la question, F. BRENET, « Contrats administratifs par détermination de la loi », *J.-Cl. adm.*, fasc. 602, 2009.

⁶ Y. GAUDEMET, préf. à la thèse de H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, p. VII.

⁷ V. not. l'art. 2 du titre II de la loi du 28 pluviôse an VIII sur l'attribution de la compétence juridictionnelle au sujet des marchés publics de travaux. V. not., quelques applications du texte, TC, 23 oct. 2000, *Société Solycap*, Rec., p. 772. V. aussi l'art. 1^{er} du décret du 17 juin 1938 devenu l'art. L. 2331-1-1^o du Code général de la propriété des personnes publiques. V. part., sur cette question et la distinction à opérer entre la « qualification légale » et la « détermination de la loi », A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 131 et s.

⁸ En ce sens, É. DELACOUR, « Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 », *CMP*, 2007, études 5, pp. 8-9.

⁹ V. not., sur cette question, O. GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2006, p. 153.

L'application des critères jurisprudentiels donne des résultats incohérents, comme en témoignent par exemple les partenariats public-privé ou encore les concessions de travaux publics¹⁰. Et certains auteurs donnent même à penser que seule est une qualification légale celle qui contredit une qualification jurisprudentielle¹¹. Cette vision restrictive ne sera pas reprise ici parce qu'elle complique la présentation de l'état du droit. Mais surtout, d'un point de vue positiviste, dès lors que le contrat est déterminé par la loi, cela empêche le juge d'adopter une qualification différente. En d'autres termes, la qualification légale prime sur la qualification jurisprudentielle¹². La perception étroite repose par ailleurs sur un postulat discutable. Elle suggère qu'il serait toujours possible de déterminer la qualification qu'aurait retenue le juge. Or un observateur, même averti, n'est pas forcément en mesure d'établir une qualification hypothétique. Pour ces raisons, on retiendra une approche plus large de la détermination d'une convention par la loi. En tous les cas, puisque les conventions d'administration ne sont guère susceptibles de générer des contentieux devant un juge, on comprend que le législateur n'ait pas jugé utile de déterminer le genre de ces procédés. Leur conclusion souvent spontanée et le respect de la liberté des parties expliquent, au surplus, la rareté des textes à leur propos.

621. En second lieu, l'utilisation d'un critère fondé sur la compétence juridictionnelle ne peut pas non plus être proposée pour la qualification des conventions d'administration. Elle n'est, de toute évidence, pas adaptée à ces procédés conventionnels. En effet, dès lors que l'on admet l'absence d'impérativité de leurs clauses, aucun recours direct ne devrait en principe être recevable. Et cela est valable peu importe le juge saisi. Au demeurant, ce critère présente un certain nombre de défauts qui commande de l'écarter même à propos des contrats. Il est possible d'en mentionner au moins deux. D'une part, il renverse la logique de la qualification administrative puisque la détermination du genre de l'acte ne sert plus à établir la compétence juridictionnelle¹³. Elle dépend au contraire de l'ordre auquel il appartient de trancher le litige. En quelque sorte, utiliser ce critère reviendrait donc à admettre que

¹⁰ Ph. COSSALTER, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA*, 2009, p. 1882 et s.

¹¹ V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 557.

¹² V. par ex., F. BRENET, « Contrats administratifs par détermination de la loi », *J.-Cl. adm.*, fasc. 602, 2009, n° 3-4.

¹³ V. not., B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 734.

le *fond suivrait la compétence*¹⁴. D'autre part, ce critère met le juge dans une situation délicate dans la mesure où il est insusceptible de justifier sa compétence par la nature de la convention. En fait, il lui suffit de la postuler sans qu'il soit nécessaire de motiver son choix. Une telle situation serait assurément fâcheuse. C'est pourquoi le critère de la compétence juridictionnelle ne semble pas pleinement convaincant pour déterminer le genre des conventions.

622. En troisième lieu, la qualification des conventions d'administration ne saurait être laissée au bon vouloir des parties. Comme pour les contrats, il ne leur appartient pas de fixer le régime juridique auquel elles souhaitent soumettre leurs relations. Ainsi, lors d'un contentieux, le choix des cocontractants s'avère indifférent pour qualifier l'acte conclu¹⁵. Mais les parties ne se trouvent pas dépouillées pour autant de toute influence sur le genre d'une convention. Par exemple, la possibilité leur est donnée d'y introduire des clauses exorbitantes du droit commun, ce qui revient à placer, volontairement ou non, la relation contractuelle sous l'égide du droit administratif¹⁶. Rien n'oblige néanmoins le juge à s'en tenir à la volonté des parties. Tout au plus la qualification qu'elles ont retenue est-elle susceptible de jouer lorsqu'elle correspond à celle identifiée par le juge¹⁷.

623. Au vu de ces différentes exclusions, il est logique de rechercher le genre des conventions d'administration en recourant aux critères jurisprudentiels classiques. Mais, là encore, des réserves doivent être formulées. Premièrement, tous ne seront pas analysés dans le cadre de cette étude. Seuls ceux pouvant éventuellement servir à la qualification des conventions d'administration feront l'objet de développements. Voilà pourquoi on ne mentionnera pas le critère relatif au régime exorbitant du droit commun. En l'absence de règles spécifiques, celui-ci n'est susceptible de recevoir aucune application. Secondement, le recours aux critères jurisprudentiels pourrait sembler vain à plusieurs égards. Tout d'abord, il y a quelque chose

¹⁴ V. part., sur cette question, B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 1, pp. 285-287 : « l'adage bien connu selon lequel « la compétence suit le fond » signifie donc simplement que le juge est désigné, non pas au regard du droit applicable au litige, mais, très rationnellement, en fonction des termes du litige, de la question posée au juge ».

¹⁵ V. not., CE, 25 oct. 1961, *Sieur Géronimi*, *Rec.*, p. 592 ; TC, 9 juin 1986, *Fabre*, *RDJ*, 1987, p. 1682.

¹⁶ V. part., P. AMSELEK, « La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence », *AJDA*, 1983, p. 5 ; v. aussi sur les conséquences de la qualification retenue au moment de la conclusion d'une convention, É. FATÔME, « À propos des contrats administratifs « recueillis et poursuivis par des personnes privées » », in *Terres du droit. Mélanges Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 455.

¹⁷ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 186-188.

d'illusoire¹⁸ dans cette opération parce que les critères demeurent imprécis¹⁹ quant à leur contenu et renvoient souvent les uns aux autres. Ensuite, on pourrait nourrir des doutes sur la pertinence de la qualification jurisprudentielle. Ne serait-elle pas devenue obsolète ? M. Gaudemet souligne en ce sens que « la multiplication des contrats administratifs par détermination de la loi a rendu presque sans objet les critères jurisprudentiels »²⁰. En pratique, cette proposition est sans doute juste. Les interventions du législateur ont affaibli le rôle des critères dégagés par le juge. Mais cela ne signifie pas que les critères jurisprudentiels ne conservent pas une utilité au moins théorique. Ils permettent notamment d'analyser les qualifications légales : soit celles-ci corroborent la qualification jurisprudentielle, soit elles visent à la contourner. Enfin, la démarche empruntée implique de souscrire au découpage binaire entre les droits administratif et privé. Or celui-ci est régulièrement remis en cause. Et il n'est pas possible d'ignorer un certain nombre de rapprochements. De la sorte, la séparation entre les actes conventionnels n'est pas toujours aussi franche que la lisibilité du droit pourrait l'exiger. L'état du droit est sans doute plus complexe et, comme l'écrivait Jean-Marie Auby, « on peut se demander [...] si la distinction des deux catégories de contrats de l'administration n'est pas en train d'évoluer et si, à la dichotomie tranchée, ne se substitue pas une *échelle de la contractualité* le long de laquelle se situent des opérations contractuelles plus proches ou au contraire plus éloignées des modèles de droit privé »²¹. Malgré tout, la séparation binaire perdue, les qualifications légales récentes en sont évidemment les preuves les plus manifestes.

624. Toutes ces réserves ne remettent pas en cause le bien-fondé de l'utilisation des critères jurisprudentiels pour qualifier les conventions d'administration. Mais restent à évaluer les modalités d'une telle opération. Pour ce faire, il est nécessaire de procéder à un examen des critères jurisprudentiels appliqués aux contrats pour envisager ensuite leur transposition aux autres conventions. Cette grille d'étude sera suivie de façon systématique pour chaque élément retenu. Il

¹⁸ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, spéc. pp. 289-291.

¹⁹ J. LAMARQUE, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *AJDA*, 1961, pp. 125-127.

²⁰ Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 319. V. aussi, M. GARRIGUE-VIEUVILLE, « Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? », *DA*, 2009, étude n° 5, p. 7.

²¹ J.-M. AUBY, « Le contrat administratif en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 507 (nous soulignons).

ressort *in fine* de ces rapprochements que le critère organique joue un rôle déterminant pour la qualification des conventions d'administration (Section 1), tandis que les critères alternatifs revêtent une efficacité partielle (Section 2).

Section 1 : Le rôle déterminant du critère organique

625. Le critère organique a connu des fluctuations quant à sa mise en œuvre dans le domaine conventionnel. Jadis, il a prévalu et emporté la qualification des actes contractuels lorsque ces derniers étaient passés par l'État²². Par la suite, et alors même que l'on soulignait son abandon progressif²³, le juge l'a revalorisé à propos des contrats signés entre personnes publiques²⁴. Au-delà de ces évolutions, il continue de nourrir à l'heure actuelle d'amples discussions et son influence pour qualifier un acte reste floue. Pour certains, le critère organique n'aurait souvent qu'une faible utilité tandis que, pour d'autres, il conserverait une fonction essentielle pour déterminer le genre d'une convention. Ce bref aperçu laisse entrevoir les difficultés rencontrées à l'occasion des tentatives de systématisation. En effet, il s'avère délicat de tracer, avec précision, les contours de l'évolution du critère organique.

L'étude des conventions d'administration permet d'évaluer, une nouvelle fois, la pertinence du critère organique. Malgré la relative prise en compte de la nature des parties pour la qualification des contrats, celle-ci semble paradoxalement capitale lorsqu'il s'agit de déterminer le genre d'une convention d'administration. À plusieurs égards, le critère organique est, en effet, propice à la qualification de ces procédés juridiques (Sous-section 1). Cela provient notamment du fait que ces actes engagent souvent des personnes publiques. Mais surtout, le caractère déterminant du critère organique tient au fait que la présomption d'administrativité qui découle de cette situation est peu fragilisée à propos des conventions d'administration, notamment en comparaison de ce que connaissent les contrats (Sous-section 2).

²² V. not., R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6^e éd., fasc. 1 à 3, Les Cours de droit, 1977-1981, rééd., Dalloz, 2007, t. 1, p. 443.

²³ V. par ex., F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 38-46.

²⁴ V. TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, Rec., p. 537.

Sous-section 1 : Un critère approprié

626. Pour parvenir à qualifier une convention d'administration, le recours au critère organique se justifie à plusieurs égards. La référence aux parties est, d'une façon générale, particulièrement en adéquation avec le procédé conventionnel (§1). Une approche théorique de ces actions montre toute l'importance des auteurs pour leur analyse. Elle fournit surtout une explication probante concernant la différence de traitement entre les actes unilatéraux et conventionnels. Cela étant, l'adéquation du critère organique traduit aussi un certain nombre de circonstances qui entourent la passation des conventions d'administration. Ces phénomènes se rencontrent en pratique essentiellement entre administrations, ce qui autorise dès lors à se référer à la présomption d'administrativité qui régit la qualification de toute convention entre personnes publiques (§2). Une telle conjoncture justifie l'utilité du critère organique pour déterminer le genre des conventions d'administration.

§1. L'adéquation avec le procédé conventionnel

627. Les conventions d'administration trouvent dans le critère organique un moyen simple de qualification parce qu'il correspond tout à fait à la nature de ces procédés. Deux de leurs caractères essentiels incitent plus exactement à tenir compte des parties de manière spécifique. D'une part, il s'agit avant toute chose d'un phénomène d'ordre conventionnel. Ainsi, à la différence des actes unilatéraux, on ne saurait ignorer l'importante subjectivité qui recouvre les contrats comme les conventions d'administration. En principe, les auteurs des stipulations juridiques en sont aussi les destinataires : ils conditionnent donc logiquement la qualification de l'acte (a). D'autre part, le caractère directif des conventions d'administration permet de favoriser, *a contrario*, un peu plus encore l'utilisation du critère organique (b).

a) Le caractère subjectif du procédé conventionnel

628. Depuis quelques décennies, l'attention portée à la nature des auteurs s'est estompée dans l'analyse juridique²⁵. Des approches matérielles ou fonctionnelles

²⁵ V. déjà, sur la volonté de réduire le rôle attaché au critère organique, J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 142 ; J. KAHN, concl. sur la décision TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »*, *AJDA*, 1969, jur., p. 309 : « il n'y a plus, en général, de correspondance automatique entre la nature, publique ou privée, d'un acte juridique et la qualité de personne publique ou de personne privée de son auteur ». V. *contra*, P. SABOURIN, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589 et s. V. auparavant, l'importance primordiale de la nature de l'organe pour l'identification des décisions administratives, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, pp. 373-374.

prévalent souvent lors des processus de qualification, comme l'illustrent en particulier les mécanismes du droit communautaire²⁶. Toutefois, l'identité de l'auteur d'un acte conserve une valeur importante pour les activités administratives conventionnelles²⁷. Ainsi que l'écrit M. Seiller, « fidèle à la conception ancienne qui assimilait le droit administratif au droit des personnes publiques, la distinction des contrats administratif et de droit privé accorde une place prépondérante au critère organique »²⁸. Cette assertion insiste avec raison sur les circonstances historiques qui inspirent la logique suivie par la jurisprudence. Il faut y adjoindre un caractère essentiel aux actes conventionnels : il s'agit de la subjectivité inhérente à ces procédés. Celle-ci oblige à attacher une importance toute particulière aux parties pour déterminer la nature de l'acte²⁹. Précisons qu'elle renvoie moins ici à la volonté des auteurs qu'à leur qualité respective. Eu égard à cette spécificité, on ne saurait suivre un même raisonnement pour identifier l'administrativité selon qu'est visé un acte unilatéral ou conventionnel. De sorte que le critère organique peut présenter un intérêt modeste dans la première de ces situations et suffire dans la seconde.

629. Il est ainsi possible d'évincer les critiques adressées à l'encontre du critère organique pour identifier une décision administrative. Comme le relève la doctrine majoritaire, la qualité de l'auteur a perdu beaucoup de son importance dans ce cas. Elle n'est plus l'unique critère de qualification de l'acte administratif décisive³⁰. Il

²⁶ V. not. G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, vol. 2, pp. 663-669 ; D. RUIZ-JARABO COLOMER, « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 370-373 ; Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 1996 (n° spécial), p. 84. V. aussi impl., sur la référence exclusive à la puissance publique et non à la personne publique, P. DELVOLVÉ, « Introduction », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 666. V. part., sur la prise en compte de la puissance publique pour dresser une typologie des contrats publics, G. ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), spéc. pp. 216-219.

²⁷ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979, p. 334 et s. ; F. LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées. Représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, th. Montpellier I, 1998. V. aussi, É. DELACOUR, « Les contrats publics des personnes privées en droit français », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, vol. 1, p. 633.

²⁸ B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 180. V. aussi, F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 603, 2010, n° 16.

²⁹ V. not., même si l'auteur en tempère la valeur, J.-A. MAZÈRES, « Que reste-t-il de la jurisprudence « Société Entreprise Peyrot » ? », in *Mélanges P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 480. Il est logique, par exemple, que la nature des parties préside à l'étude de la qualification des marchés des entreprises publiques, P. DELVOLVÉ, « Les marchés des entreprises publiques », *RDP*, 1970, pp. 1302-1326.

³⁰ V. not., J.-F. LACHAUME, « Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 95 et s. ; F. MODERNE, « Remarques sur le concept d'acte administratif dans ses rela-

faut même admettre avec M. Chapus que « le critère du caractère administratif d'une décision est un critère d'ordre matériel, fondé sur la distinction des notions de puissance publique et de gestion privée »³¹. Une telle affirmation n'accorde, on le voit, aucune place à la nature de l'organe ayant pris l'acte. Que cette personne soit publique ou privée paraît indifférent pour déterminer le genre d'une décision.

Catégorique, cette approche rend compte des solutions adoptées par le juge à propos de certaines personnes privées gérant une activité d'intérêt général. Les règlements qu'elles prennent pour l'organisation d'un service public, fût-il industriel et commercial, sont en effet soumis à un régime de droit administratif³². Cela résulte de ce que l'acte a été édicté en vertu de prérogatives de puissance publique³³, même si le juge ne l'affirme pas toujours explicitement. En fait, la combinaison de ces critères finaliste et matériel varie selon les litiges. Elle ne se retrouve pas de manière systématique dans les décisions juridictionnelles. De telles variations sont compréhensibles puisque les moyens dont dispose une personne sont liés aux fins qu'elle poursuit. Ainsi, mentionner les uns implique souvent de viser les autres. Et ce, même s'il faut noter que prérogatives de puissance publique et mission de service public peuvent parfois être dissociées³⁴. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence semble bien renvoyer aux attributs de la puissance publique – et non à la personnalité publique – pour qualifier les décisions administratives. Or cette méthode de qualification n'est guère susceptible de modifier l'appréciation des conventions. La principale raison est simple : il peut certes y avoir des manifestations de puissance publique dans le contrat, mais la conclusion d'un contrat ne ressort pas d'une quelconque prérogative³⁵. Au demeurant, la signature d'une convention d'administration traduit

tions avec les notions de personne privée et de service public à gestion privée », *AJDA*, 1975, p. 4. V. pour une perception contestant un tel affaiblissement du critère organique, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, pp. 625-708.

³¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 543. V. aussi, P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 303.

³² TC, 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ époux Barbier*, *Rec.*, p. 789. V. aussi, TC, 26 oct. 1981, *Grostin c/ Société nationale des chemins de fer français*, *Rec.*, tab., p. 656 ; TC, 17 avr. 2000, *Collet et autres c/ Air France*, *Rec.*, p. 760.

³³ CE Sect., 13 janv. 1961, *Magnier*, *Rec.*, p. 33 ; CE Sect., 22 nov. 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, *Rec.*, p. 576 ; v. pour une illustration de l'absence de prérogatives de puissance publique, CE, 17 févr. 1992, *Société Textron*, *Rec.*, p. 66.

³⁴ CE Sect., 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, *Rec.*, p. 92. V. pour une application récente sur l'absence d'objectif précis d'intérêt général, CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, *Rec.*, (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 258, concl. N. Boulouis, obs. R. Schwartz.

³⁵ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, pp. 347-348.

souvent la volonté des auteurs de ne pas recourir à des énoncés impératifs. Dans cette mesure le raisonnement utilisé pour les actes unilatéraux ne semble pas transposable aux conventions. On comprend, dès lors, que la mise à l'écart du critère organique puisse épargner le processus de qualification utilisé pour les actes conventionnels.

630. Plusieurs auteurs ont pourtant exprimé des doutes à propos de la différence de traitement entre ces deux catégories d'actes. En ce sens, selon M. Weil, « tout contrat conclu dans le cadre de l'action administrative devrait pouvoir être administratif, et la portée de *la notion d'action administrative ne devrait pas se voir limitée par la prise en considération de la nature juridique de l'organisme qui l'assure* »³⁶. De même, M. Lichère affirme qu'il « est difficile de justifier la différence de traitement entre le contrat et l'acte unilatéral autrement qu'ironiquement à la manière d'André de Laubadère »³⁷. Enfin, « l'acte administratif, écrivait en 1969 un commissaire du gouvernement, hier acte d'une personne publique, est aujourd'hui l'acte accompli pour la gestion d'un service public administratif et, *dès lors qu'une personne privée peut être investie de prérogatives qui, naguère encore, étaient réservées aux personnes publiques, il importe peu, au regard des faits comme au regard des principes, qu'elle les exerce par la voie du contrat administratif ou par celle de l'acte unilatéral* »³⁸. Ces quelques opinions invitent à réexaminer l'état de la jurisprudence s'agissant de la prise en compte de la nature des parties pour qualifier une convention.

631. Jusque là, ces propositions n'ont pas trouvé d'écho au sein de la jurisprudence administrative. Le juge admet de façon constante qu'un « *contrat entre deux personnes privées ne peut pas être administratif*, quels que soient son objet et son contenu »³⁹. Outre de simples nuances de formulation, ce principe n'a pas subi de réelle

³⁶ P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 841 (nous soulignons).

³⁷ F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, p. 348. V. à ce propos, A. de LAUBADÈRE, note sous la décision TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés* « Interlait », *AJDA*, 1969, jur., pp. 311-312.

³⁸ J. KAHN, concl. sur la décision TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés* « Interlait », *AJDA*, 1969, jur., p. 310 (nous soulignons).

³⁹ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, B. GENEVOIS et P. DELVOLVÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p. 552 (souligné dans le texte). V. not., en ce sens, CE, 9 juill. 1952, *Société Le tube d'acier*, Rec., p. 367 ; CE Sect., 13 déc. 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Sieur Merlin*, Rec., p. 623 ; TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés* « Interlait », Rec., p. 682 ; CE, 21 juill. 1972, *Société entreprise Ossude*, Rec., p. 562 ; TC, 25 juin 1973, *Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette c/ Société Saunier Duval*, Rec., p. 547 ; TC, 7 juin 1999, *Commune de Ceyzeriat*, Rec., p. 453 ; TC, 14 févr. 2000, *Époux Pellizzari*, Rec., p. 745 ; TC, 17 déc. 2001, *M. et Mme Hartmann c/ Association PRISME*, Rec., p. 763 ; TC, 2 juin 2008, *Société Aravis-enrobage c/ Commune de Cusy et Entreprise Grosjean*, Rec., p. 554 ; TC, 4 mai 2009, *Société Thome c/ Association départementale*

altération depuis sa consécration. Il admet certes plusieurs correctifs que l'on pourrait analyser comme autant de signes d'affaiblissement du critère organique. Il est ainsi vrai que, dans certaines circonstances, des contrats apparemment conclus entre personnes privées peuvent être soumis à un régime de droit administratif. En attestent un marché pour la reconstruction d'une église⁴⁰, un contrat pour la création d'autoroutes⁴¹, pour le contrôle et la sécurité d'un établissement sportif⁴², ou encore un marché de service de prestations de sûreté aéroportuaire⁴³. Pourtant, envisagées dans leur ensemble, ces différentes jurisprudences ne remettent pas en cause l'importance du critère organique.

632. En définitive, si le contrat est administratif cela provient généralement de la présence – sous une forme ou une autre – d'une personne publique. Dans chacune des hypothèses visées, la liberté qui caractérise les relations privées se trouve en effet limitée, à des degrés divers, par des liens établis avec l'administration⁴⁴. Ce constat est flagrant lorsque l'une des parties agit « pour le compte » d'une personne publique⁴⁵. Il l'est plus encore quand une personne privée est mandataire d'une personne publique⁴⁶, et tout autant quand une association est considérée comme transparente⁴⁷.

des pupilles de l'enseignement public (ADPEP 62), Rec., tab., p. 666 ; CE, 17 juin 2009, Société anonyme d'économie mixte nationale (SAEMN) Bibracte, Rec., tab., p. 825 ; CE, 1^{er} juill. 2010, Société Bioenerg, DA, 2010, comm. 139, note. F. Brenet.

⁴⁰ CE, 2 juin 1961, *Sieur Leduc, Rec.*, p. 365.

⁴¹ TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot, Rec.*, p. 787. V. aussi, pour des applications de cette jurisprudence et des extensions de l'objet du contrat y entrant, TC, 12 nov. 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines, Rec.*, p. 666 ; TC, 4 nov. 1996, *Mme Espinosa c/ Société Escota, Rec.*, p. 553 ; CE, 1^{er} avr. 2009, *Société des autoroutes du sud de la France, Rec.*, tab., p. 825. V. de manière plus discutable, CAA Douai, 9 déc. 2008, *Société Grevin et Cie, Rec.*, tab., p. 803.

⁴² CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt, Rec.*, p. 130.

⁴³ CE, 3 juin 2009, *Société Aéroports de Paris, Rec.*, p. 216.

⁴⁴ V. en ce sens, employant même le terme de « subordination », M. WALINE, note sous la décision TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait », RDP, 1969, pp. 697-698. V. aussi, ce lien se traduit parfois par le régime auquel l'une des parties privées est soumise, F. LICHÈRE, « Le régime juridique exorbitant du droit commun, nouvelle exception au critère organique du contrat administratif », *DA, 1996* (n° 5), p. 1 ; É. DELACOUR, « Les contrats publics des personnes privées en droit français », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 1, pp. 638-639. V. plus généralement, F. LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées. Représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, th. Montpellier I, 1998.*

⁴⁵ CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine, Rec.*, p. 326 ; TC, 7 juill. 1975, *Commune d'Agde, Rec.*, p. 797 ; TC, 22 avr. 1985, *Laurent, Rec.*, p. 541 ; v. pour des applications infructueuses de cette exception, TC, 26 mars 1990, *Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, Rec.*, tab., p. 635 ; CE, 11 mars 2011, *Communauté d'agglomération Grand Toulouse, Rec.*, tab., (à paraître).

⁴⁶ CE, 2 juin 1961, *Sieur Leduc, Rec.*, p. 365 ; CAA Paris, 6 nov. 2002, *SCI Valterre, Rec.*, tab., p. 654. V. *a contrario*, s'agissant d'une personne publique mandataire d'une personne privée, le contrat de droit privé alors même

En dépit des apparences, ce constat transparait aussi de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*⁴⁸, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, dans cette affaire, l'un des cocontractants était une société d'économie mixte dont le capital se trouvait majoritairement détenu par une personne publique⁴⁹. Il ne s'agissait donc pas d'un sujet de droit privé comme un autre. Cette spécificité n'a peut-être pas été étrangère à la solution retenue. Toutefois, elle n'est sans doute pas déterminante puisque la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* a connu, par la suite, une application à propos d'une société à capitaux exclusivement privés⁵⁰. D'autre part, le Tribunal des conflits aurait pu parvenir à la même solution par le seul jeu de la technique autorisant une personne privée à agir pour le compte d'une personne publique⁵¹. C'était d'ailleurs le sens des conclusions prononcées par M. Lasry. Ce dernier proposait d'affirmer que « la volonté du législateur a été de placer la société d'économie mixte dans une situation de fait et de droit assimilable à celle d'un mandataire, agissant pour le compte d'une personne morale de droit public et dans les mêmes conditions que celle-ci »⁵². Tel n'a pas été le choix du Tribunal même s'il évoque des éléments de cette motivation. En outre, on doit convenir qu'en se référant au travail public, c'est encore à la personne publique que renvoie indirectement le juge. Une telle déduction est commandée par la définition de cette notion juridique. Celle-ci suppose en effet qu'une personne publique soit, *in fine*, le destinataire de l'opération⁵³.

Pour toutes ces raisons, la jurisprudence relative aux grands travaux routiers relevant « par nature » de l'État altère assez modestement la valeur du critère orga-

que des règles de passation des marchés publics ont été suivies, CE, 3 juin 2009, *OPAC du Rhône*, *Rec.*, tab., p. 825.

⁴⁷ CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *Rec.*, p. 130. V. spéc., Ph. TERNEYRE, « Collectivités publiques, associations administratives « transparentes » et droit des contrats publics », *BJCP*, 2010, p. 2 et s.

⁴⁸ P. SABOURIN, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, pp. 638-640.

⁴⁹ V. en part., F.-J. FABRE et R. MORIN, « Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte », *RDP*, 1964, p. 767. V. aussi, J.-M. AUBY, note sous la décision TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, *JCP*, 1963, II, 13375 ; M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, t 1, p. 392.

⁵⁰ CE Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, *Rec.*, p. 89.

⁵¹ Et c'est précisément sous cet angle que la doctrine l'envisage parfois, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 569-571. V. sur cette question et la distinction d'un mandat administratif, M. CANEDO, *Le mandat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 216, 2001, p. 553 et s. ; v. aussi, H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 138 et s.

⁵² C. LASRY, concl. sur la décision TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, *D.*, 1963, jur., p. 537.

⁵³ Parmi les éléments de définition, on relève en effet l'exigence d'une réalisation « pour le compte d'une personne publique ». Et même s'il est possible d'y substituer un autre élément fondé sur la réalisation « d'une mission de service public », il n'en demeure pas moins que la présence, fût-elle discrète, d'une personne publique est toujours suggérée par la définition jurisprudentielle. V., TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, *Rec.*, p. 617.

nique. Et on peut ainsi ne pas être totalement convaincu des efforts déployés par le juge pour dissocier, au gré des contentieux, la motivation de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* de celle de la décision *Commune d'Agde*⁵⁴. Sans doute est-il plus cohérent de scinder ces situations car chacune traduit des contextes distincts. Mais la place principale qu'occupe l'analyse matérielle dans la logique de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* n'exclut pas des références au critère organique. Au demeurant, il ne faut pas exagérer l'importance de la décision du 8 juillet 1963. Ce qui était présenté comme un « « tournant » jurisprudentiel décisif »⁵⁵ a, en quelque sorte, tourné court⁵⁶. Ainsi que le laissait augurer le contexte de cette exception, sa portée est restée assez limitée⁵⁷. De sorte que l'on peut y percevoir désormais une jurisprudence plus symbolique que pertinente⁵⁸. Voilà pourquoi, si l'idée que la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* contient des références au critère organique ne convainc pas, il est au moins possible d'en négliger l'intérêt ici.

633. Dès lors, les tempéraments au principe selon lequel une convention entre personnes privées est de droit privé ne remettent pas en cause la valeur du critère organique⁵⁹. Ils peuvent toujours être analysés comme une expression de la présence, même discrète, d'une personne publique. Ainsi la subjectivité attachée à ces procédés est-elle prise en compte. Mais, au-delà de ce rattachement, il faut bien re-

⁵⁴ V. pour une explication précise, F. LLORENS, « La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement », *RFDA*, 1985, pp. 353-356.

⁵⁵ P.-L. JOSSE, note sous la décision TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, *D.*, 1963, jur., p. 538.

⁵⁶ V. *contra*, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 569-571. Cependant, la contradiction n'est ici qu'apparente puisqu'elle provient d'une interprétation large de la jurisprudence *Peyrot*. M. Chapus l'envisage, en effet, comme la matrice de toutes les jurisprudences postérieures ayant admis des exceptions au caractère privé des conventions entre personnes privées. En fait, cet auteur y perçoit surtout la consécration de la technique selon laquelle une partie privée peut agir pour le compte d'une personne publique.

⁵⁷ V. déjà, M. GENTOT et J. FOURRÉ, chron. sous la décision TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, *AJDA*, 1963, doct., p. 464 ; J. KAHN, concl. sur la décision TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »*, *AJDA*, 1969, jur., p. 309. V. même parmi la doctrine favorable à un maintien de cette jurisprudence, J.-A. MAZÈRES, « Que reste-t-il de la jurisprudence « Société Entreprise Peyrot » ? », in *Mélanges P. Conzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 475 et s.

⁵⁸ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 128.

⁵⁹ V. part., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 163-171. On réserve ici l'hypothèse d'un changement de nature de l'une des parties. Il est vrai qu'un contrat entre deux personnes privées peut conserver la qualification de contrat administratif lorsque tel était le cas initialement, notamment en raison de la présence d'une personne publique. Toutefois, cette situation ne vise pas seulement la question de la valeur du critère organique. Il s'agit d'abord d'un problème de constance de la qualification juridique dans le temps. Au-delà d'évolutions diverses, la qualification de l'acte s'obtient en tenant compte d'une réunion d'éléments à la date de sa conclusion. Ainsi, le juge veille à la sécurité des relations conventionnelles. On ne doit surtout pas voir là une simple difficulté liée à la valeur du critère organique (v. not., TC, 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, *Rec.*, p. 639).

connaître que le juge ne raisonne pas vraiment en ces termes. Son attention est surtout concentrée sur des incidences pratiques, au regard notamment des enjeux économiques, et sur la logique d'ensemble des décisions rendues. Par là même, les qualifications jurisprudentielles sont avant tout déterminées par des considérations pragmatiques. Cette approche se traduit par diverses exceptions qui ne sauraient néanmoins faire oublier que l'immense majorité des contrats entre personnes privées demeure de droit privé. Cela rassure sur la pertinence de la qualité des parties pour déterminer la nature de l'acte : les éléments organiques ne s'effacent pas ici. Par là même, le juge poursuit une application assez stricte de l'idée selon laquelle « un contrat conclu entre particuliers ne saurait être un contrat administratif puisqu'il n'est même pas un « contrat de l'administration » »⁶⁰.

634. De ces observations découle une déduction simple. Lors de la qualification, le caractère subjectif d'une relation conventionnelle peut justifier que l'on tienne systématiquement compte de la nature des parties. Sans céder à une conception idéalisée des choses, il existe bien, du point de vue des auteurs, une différence primordiale entre les actes conventionnels et unilatéraux⁶¹. La persistance de processus de qualification distincts trouve ici une justification convenable, laquelle vient s'ajouter à des objections pratiques⁶². Il n'y a donc pas de contradiction au sein de la jurisprudence administrative sur cet aspect. Toutefois, cela ne signifie pas que l'état du droit soit pleinement satisfaisant. Des motifs de pure opportunité pourraient fort bien déterminer le juge à aligner dans l'avenir sa jurisprudence relative aux conventions sur celle appliquée aux actes unilatéraux. Pour l'heure, tel n'est pas le cas et le juge peut se prévaloir de motivations théoriques assez solides pour maintenir sa position. Aussi, plutôt que de négliger les différences essentielles entre les actes conventionnels et unilatéraux, il serait plus judicieux de faire jouer les diverses techniques de représentation quand la nature privée d'une partie s'avère fictive. Ce serait une manière simple de régler les difficultés ponctuelles tout en confortant l'élément subjectif des conventions. Plus encore que le contenu directif, celui-ci justifie bien la prépondérance du critère organique pour qualifier les conventions d'administration.

⁶⁰ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 55.

⁶¹ V. not., sur la prise en compte des auteurs d'une convention, H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 31 et s.

⁶² V. not., G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 13 déc. 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Sieur Merlin, D.*, 1964, jur., p. 57.

b) Le contenu directif du procédé conventionnel

635. Les conventions d'administration présentent une raison supplémentaire de privilégier le recours au critère organique. Ce motif réside dans le contenu spécifique de ces actes. De prime abord, rapprocher les clauses des conventions d'administration de l'adéquation du critère organique pour leur qualification a de quoi étonner. Sans doute pourrait-on même juger un tel rapprochement paradoxal parce qu'il procède d'un raisonnement *a contrario*. On peut en résumer la logique ainsi : le caractère directif des stipulations conventionnelles donne à penser que le contenu des conventions d'administration ne sera jamais vraiment déterminant pour identifier leur nature. Il est, en effet, peu probable que le juge puisse y trouver un élément distinctif, exorbitant du droit commun. Cela incite donc à plutôt porter l'analyse sur la nature des parties. En tout cas, le caractère directif oblige, faute de mieux, à accorder un rôle primordial au critère organique.

636. À ce stade, cette idée générale appelle assez peu de précisions complémentaires. Elle sera au surplus étayée dans la suite de cette étude⁶³. Tout au plus est-il possible de citer quelques illustrations montrant le faible rôle que les critères matériels pourraient jouer à propos des conventions d'administration. Par exemple, il en va ainsi des contrats de performance de l'État dont l'objet est essentiellement managérial et proche des procédés d'entreprise⁶⁴. Sous réserve des financements, qui proviennent du budget de la personne publique, ces actes énoncent des objectifs tout à fait similaires à ceux des organismes privés. Un tel constat pourrait être effectué pour la majorité des conventions d'administration, à commencer par les contrats d'objectifs et de moyens de plusieurs établissements publics nationaux⁶⁵. Dès lors, il semble *a priori* que les procédés utilisés par les administrations ne diffèrent guère de ceux que l'on retrouve au sein des rapports privés. Aussi est-il possible de se limiter à deux remarques. Tout d'abord, l'application des critères matériels n'est pas compromise par la nature des conventions d'administration. Elle est envisageable mais risque de ne pas être concluante, pour le moins en ce qui concerne l'exorbitance de

⁶³ V. *infra*, n° 668 et s.

⁶⁴ V. not., le contrat de performance signé le 3 mai 2006 entre des autorités administratives relevant du ministère de l'économie et des finances et de celui du budget pour une période allant de 2006 à 2008 (document consulté sur le site www2.impots.gouv.fr).

⁶⁵ V. par ex., le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014 ; le Contrat d'objectifs et de moyens conclu par les deux ministres de tutelle et la présidente directrice générale de l'Institut national de la recherche agronomique le 3 octobre 2006 entre l'État et l'INRA pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.inra.fr).

leurs clauses. Ce sentiment devra, en tout état de cause, être confirmé dans la suite de ces développements. Il conduit pour l'instant à privilégier le critère organique pour qualifier les conventions d'administration. De même, la nature directive de ces actes rend peu probable l'hypothèse d'une loi venant neutraliser une qualification qui tiendrait compte de la nature des parties. À cet égard, les conventions d'administration sont bien des procédés dont le contenu suscite le recours au critère organique pour déterminer leur genre. Ces premiers éléments trouvent une confirmation dans la pratique conventionnelle des personnes publiques.

§2. L'adéquation avec la pratique conventionnelle

637. Parce qu'il suffit à établir le genre administratif des conventions d'administration, le critère organique semble tout à fait adéquat⁶⁶. En effet, la seule référence à la nature des parties aboutit la plupart du temps à des conclusions fiables. Cela provient du fait que ces actes sont en pratique ordinairement signés entre des sujets de droit public. Il est donc possible de recourir à la présomption consacrée par la jurisprudence *Union des assurances de Paris*⁶⁷. Au demeurant, avant même cette décision, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* estimaient déjà que les conventions entre personnes publiques réunissaient toutes les conditions nécessaires à la qualification de contrat administratif⁶⁸. Certes, ils jugeaient aussi que le seul élément organique n'y suffisait pas. Mais la présence de plusieurs personnes publiques comptait visiblement beaucoup dans leur appréciation. Leur opinion fut confirmée quelques mois plus tard, avec certains ajustements, par le Tribunal des conflits.

638. Aussi, c'est sur la base de la jurisprudence *Union des assurances de Paris* que la doctrine fonde aujourd'hui le caractère administratif de certaines conventions d'administration. Il en va ainsi d'un contrat de plan signé entre l'État et une région. Selon de nombreux auteurs, cet acte « se présente comme un contrat administratif, par simple application du critère organique posé par la jurisprudence de principe »⁶⁹.

⁶⁶ À la différence des contrats où la présence d'une personne publique s'avère nécessaire sans être suffisante, v. not., M. GUIBAL, « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 231.

⁶⁷ TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, Rec., p. 537.

⁶⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 467-468.

⁶⁹ O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 101. v. égal., M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, B. GENEVOIS et P. DELVOLVÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p. 554 ; Y. MADIOT, note sous l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, RFDA, 1997, p. 343 ; F. MODERNE,

Une telle déduction est du reste suggérée par la jurisprudence du Conseil d'État⁷⁰. Et elle se trouve fort logiquement corroborée s'agissant des contrats de plan passés avec les entreprises du secteur public qui disposaient naguère du statut d'établissement public⁷¹. Mais encore, on peut sans difficulté conclure dans le même sens à propos des contrats de projets puisqu'ils poursuivent l'entreprise de planification à l'échelon régional. Leur nature administrative ne fait guère de doute. Malgré la rareté des opinions doctrinales et des décisions juridictionnelles⁷², cette qualification peut être déduite de la proximité entre les contrats de projets et leurs prédécesseurs. Au-delà de ces illustrations topiques, de très nombreuses autres conventions sont susceptibles d'être qualifiées eu égard à la nature des parties. Tel est le cas, par exemple, des contrats d'agglomération⁷³, des contrats locaux de sécurité⁷⁴, des contrats de performances entre l'État et ses établissements publics⁷⁵, des contrats d'objectifs et de moyens entre l'État et certaines institutions⁷⁶. L'énumération pourrait encore être longue. Ce bref recensement suffit néanmoins à juger que le critère organique est, de ce point de vue, particulièrement approprié pour déterminer le genre des conventions d'administration.

639. Cependant, une réserve doit être émise s'agissant de l'adéquation du critère organique. Elle mérite d'être particulièrement prise en compte en ce qu'elle at-

« L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 18 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 181 ; Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-Cl. Douence*, Dalloz, 2006, p. 449 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 382.

⁷⁰ V. impl., CE Ass., 8 janv. 1988, *Min. chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, p. 2.

⁷¹ V. impl., CE Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et des Télécommunications*, *Rec.*, p. 354. V. égal., P. COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 15.

⁷² À notre connaissance, le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé explicitement sur cette question.

⁷³ V. not., la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999, p. 9515.

⁷⁴ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757.

⁷⁵ V. par ex., le contrat de performance entre l'État et le musée du Louvre, conclu le 11 juillet 2006 pour une période de deux années (document consulté sur le site www.louvre.fr) ; v. aussi, le contrat de performance entre l'État et l'établissement public de Versailles, conclu au mois de juillet 2008.

⁷⁶ V. par ex., le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014 ; le contrat d'objectifs et de moyens conclu par les deux ministres de tutelle et la présidente directrice générale de l'Institut national de la recherche agronomique le 3 octobre 2006 entre l'État et l'INRA pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.inra.fr).

tendue la prépondérance de ce critère. En définitive, s'il est vrai que la grande majorité des conventions d'administration est passée entre personnes publiques, cela n'empêche pas l'existence d'actes impliquant au moins une personne privée. Dans ce cas, une investigation plus poussée s'avère nécessaire. Celle-ci doit parfaire le raisonnement du juge au moyen d'une analyse matérielle. D'emblée, un tel constat n'a rien de surprenant. Que ce soit au regard des procédés conventionnels ou de la teneur de leurs stipulations, les sujets de droit privé sont rompus à ces pratiques. Il est à peine nécessaire de rappeler que la passation de contrats entre des personnes publique et privée est chose courante. Mais, par ailleurs, les actions unilatérales en droit civil peuvent comporter des énoncés dépourvus de caractère impératif⁷⁷. Voilà pourquoi, tenant compte de ces deux phénomènes, on ne voit aucun empêchement de principe à ce que des personnes privées concluent des conventions d'administration. Elles peuvent sans doute le faire avec une autre personne privée. En ce cas, il est fort probable que l'acte échappera alors au domaine du droit administratif. Car les différentes exceptions au principe selon lequel une convention entre personnes privées est de droit privé ne trouveront sans doute pas à s'appliquer ici. Qu'il s'agisse du mandat ou des jurisprudences *Commune d'Agde* et *Société Entreprise Peyrot*, aucune des dérogations usuelles pour les contrats ne correspond au procédé des conventions d'administration. En revanche, l'autre signataire peut également être une personne publique. À ce titre, le « contrat de développement territorial du chalonais »⁷⁸, signé pour une période allant de 2007 à 2013, est tout à fait significatif. Cet acte comporte, en effet, de multiples parties dont l'État, une région, un département, plusieurs établissements publics de coopération intercommunale et une association. D'autres illustrations sont susceptibles d'être énoncées, à commencer par les contrats urbains de cohésion sociale⁷⁹ pour la conclusion desquels il arrive que soient sollicités des acteurs privés du secteur social. Pour tous ces actes, se pose avec une acuité particulière la question de leur genre. Comportant à la fois des parties publiques et privées, le seul recours au critère organique s'avère insuffisant pour déterminer leur administrativité. Ainsi cette seconde réserve n'est-elle pas négligeable. Pour autant, il ne faut pas en exagérer les conséquences car la proportion de

⁷⁷ V. not., B. SEILLER, « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2004, p. 483.

⁷⁸ Contrat de développement territorial du chalonais, signé pour une période allant de 2007 à 2013 (document consulté sur le site www.legrandchalon.fr).

⁷⁹ Circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale, spéc. §3 (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr).

conventions d'administration signées entre des entités publiques demeure, et de loin, la plus importante.

640. De la sorte, le critère organique s'avère bien prépondérant puisqu'il permet d'établir ou d'écarter l'administrativité des procédés conventionnels. Cela est à la fois vrai lorsque les parties sont exclusivement publiques ou privées. En fait, seules les hypothèses dans lesquelles les signataires sont des autorités de droit public et privé soulèvent de réelles difficultés. Encore que l'on puisse intuitivement juger que la présence souvent majoritaire de personnes publiques donne un indicateur assez probant sur la nature de l'acte. Quoi qu'il en soit, l'ensemble des conclusions relatives à l'adéquation du critère organique pour qualifier les conventions d'administration ne saurait négliger les différentes remises en cause que subit ce dernier. Il connaît en particulier une fragilisation lorsqu'il est utilisé pour présumer l'administrativité d'un contrat. Ce qui pourrait assurément dissuader d'en faire application à l'avenir pour les conventions d'administration.

Sous-section 2 : Un critère fragilisé

641. En trois décennies, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont utilisé la présomption d'administrativité à quelques reprises seulement. Cela suffit toutefois à en mesurer la valeur pour qualifier un contrat entre personnes publiques. De ce point de vue, il résulte des décisions jurisprudentielles un affaiblissement assez net du rôle conféré à la nature des parties. Le juge ne prend parfois en compte que de façon marginale le critère organique. Assez fréquemment, ce dernier semble relégué à un second plan. On ne saurait dès lors y recourir à propos des conventions d'administration – voire même en faire un élément décisif – sans formuler des réserves. Dans cette optique, il convient de cerner les motifs de cette fragilisation du critère organique. Ce préalable est indispensable afin d'envisager l'utilisation de la présomption d'administrativité pour qualifier une convention d'administration. Le critère organique est fragilisé à un double niveau. D'une part, son utilisation s'avère de plus en plus confuse (§1) et, d'autre part, ses justifications sont largement remises en question (§2). Malgré tout, on peut estimer que seuls les contrats sont concernés par ces deux aspects. Les conventions d'administration restent pour leur part pleinement soumises à la présomption qui vaut lorsque les parties sont des personnes publiques.

§1. L'affaiblissement de son utilisation

642. Simple quant à son principe, la jurisprudence *Union des assurances de Paris* s'avère aujourd'hui d'une utilisation passablement compliquée. En fait, la présomp-

tion introduite par le Tribunal des conflits est devenue, au fil des décisions judiciaires, de moins en moins fiable. Un tel constat résulte d'une superposition de dérogations, les unes écartant les autres (a). Tous ces ajouts incitent à douter de l'utilité même de présumer l'administrativité d'une convention entre personnes publiques. D'ailleurs, il arrive au juge administratif d'évincer le raisonnement qu'il a lui-même consacré et suivait auparavant (b). On peut ainsi percevoir un net affaiblissement du critère organique en ce cas : il ne suffit pas à déterminer avec certitude le genre d'une convention entre sujets de droit public.

a) Une présomption atténuée

643. Deux mouvements, qui se succèdent dans le temps, provoquent une atténuation notable de la présomption d'administrativité. Un tel affaiblissement provient d'abord de la possibilité de renverser matériellement cette qualification (1°), puis de la rétablir en introduisant les critères alternatifs classiques (2°). D'où la distinction de trois temps⁸⁰ au sein de ce processus de qualification : l'administrativité peut être tour à tour présumée, renversée et rétablie.

1° Le renversement matériel de la présomption d'administrativité

644. Dès qu'elle fut instituée, la présomption du genre administratif des conventions entre personnes publiques a été assortie d'une dérogation. Selon les termes adoptés par la décision de principe, « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif [...] *sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé* »⁸¹. Une telle précision n'a rien de surprenant. Elle signifie juste que la présomption ainsi établie demeure simple et non irréfragable⁸². En définitive, la volonté du juge n'était certainement pas de fixer une fois pour toute la nature des conventions entre personnes publiques. Il ne s'agissait que de tirer les conséquences, en apparence évidentes, de la rencontre de deux gestions publiques⁸³. Aussi une pareille déduction n'empêche-t-elle en aucun cas la signature de conventions privées entre des entités administra-

⁸⁰ V. aussi, J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, pp. 162-175.

⁸¹ TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *Rec.*, p. 537 (nous soulignons).

⁸² V. not., F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, pp. 18-19 ; v. aussi, F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris 2, 1997, p. 295.

⁸³ D. LABETOULLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *AJDA*, 1983, p. 358.

tives. Mais il faut alors apporter la preuve du caractère privé de l'objet conventionnel⁸⁴. Au demeurant, il ne pouvait de toute façon guère en être autrement, car des jurisprudences constantes admettaient plusieurs situations dans lesquelles un contrat entre personnes publiques était pourtant de droit privé⁸⁵. Sauf à revenir sur l'ensemble de ces décisions, le juge se trouvait dans l'obligation de permettre un certain nombre d'exceptions à la présomption d'administrativité. Toutefois, la solution retenue a sensiblement affaibli l'intérêt du critère organique pour la qualification des conventions.

645. D'une part, la possibilité d'un renversement peut être perçue, en elle-même, comme un affaiblissement théorique de la présomption fondée sur la nature des parties. La jurisprudence *Union des assurances de Paris* comporte en son sein bon nombre des complications ultérieures puisqu'elle contraint toujours le juge à une investigation matérielle. Cela n'a pas échappé à M. Moderne. « Cette démarche, écrit-il, oblige le juge, après avoir constaté la présence de deux personnes publiques, à poursuivre l'analyse et à rechercher si le contrat ne fait pas naître des rapports de droit privé entre les parties »⁸⁶. Il s'ensuit que le critère organique est décisif sous réserve d'une absence d'infirmité matérielle. Dans cette mesure, une analyse sur deux plans est inévitable. Sans doute peut-elle se résumer à une brève vérification, laquelle se bornerait alors à écarter l'existence de rapports exclusivement de droit privé. Il n'empêche que l'opération de qualification ne se limite jamais à relever la nature publique des personnes au nom desquelles l'acte est signé : un examen de l'objet de la convention est toujours nécessaire. Voilà pourquoi la prise en compte du critère organique n'est pas aussi décisive qu'on pourrait le croire.

646. D'autre part, la présomption peut se trouver affaiblie par la multiplication des renversements. L'utilisation de la preuve contraire faite par le juge s'avère en effet capitale puisqu'elle est susceptible, *in fine*, d'anéantir la qualification présumée. Or la pratique jurisprudentielle est parfois jugée trop souple en la matière. Pour certains auteurs, elle a tendance à faciliter le contournement de la qualification orga-

⁸⁴ V. part., Cass. 1^{ère} Civ., 16 mars 1999, *Chambre de commerce et d'industrie de Valence c/ Crédit local de France*, n° pourvoi 97-13359, *Bull.*, I, n° 103, p. 67.

⁸⁵ V. par ex., s'agissant des contrats de location sur le domaine privé d'une personne publique, CE, 13 mars 1953, *Compagnie des tramways électriques de l'Ariège*, *Rec.*, p. 135. V. aussi, J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *D.*, 1984, jur., p. 37.

⁸⁶ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 19.

nique. En témoigne l'arrêt *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson*⁸⁷ : le Conseil d'État y a confirmé l'incompétence de l'ordre juridictionnel administratif en concluant au caractère privé d'un contrat de location de locaux. Cette appréciation a été critiquée pour avoir renversé l'administrativité de la convention alors même que des solutions plus respectueuses de la présomption étaient envisageables⁸⁸. C'était d'ailleurs le sens des conclusions rendues par le commissaire du gouvernement sur cette affaire⁸⁹. Mais, qu'on la déplore ou l'encourage, une interprétation restrictive de la présomption issue de la jurisprudence *Union des assurances de Paris* s'est instaurée peu à peu⁹⁰. Une telle pratique concourt à l'affaiblissement du principe qui régit la qualification des contrats entre personnes publiques. Indéniablement, la référence à la qualité des parties s'avère insuffisante et peu déterminante. Dans les faits, de nombreux contrats n'établissent que des rapports privés⁹¹. Il reste que l'on pouvait prévoir cette évolution. Elle était, en quelque sorte, suggérée par la formulation retenue par le Tribunal des conflits. Au contraire, un autre mouvement semblait moins plausible et a affecté plus profondément encore la présomption d'administrativité. Il s'agit du rétablissement matériel de l'administrativité renversée.

2° Le rétablissement matériel de l'administrativité renversée

647. Tout laisse à penser que la jurisprudence *Union des assurances de Paris* chasse l'application des critères alternatifs. Tirant les conséquences de la présomption d'administrativité, un commissaire du gouvernement souligne ainsi que « les critères traditionnels ne doivent plus s'appliquer lorsque les deux cocontractants sont des personnes publiques »⁹². La raison de cette exclusion est simple : elle tient dans

⁸⁷ CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *Rec.*, p. 123.

⁸⁸ V. part., F. COLLY, note sous l'arrêt CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *AJDA*, 1990, pp. 614-616 ; Ph. LAGRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA*, 2000, chron. 6, pp. 9-10.

⁸⁹ P. HUBERT, concl. sur l'arrêt CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *CJEG*, 1990, p. 347.

⁹⁰ V. aussi, sur le renversement de la présomption d'administrativité, TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisp*, *Rec.*, p. 478.

⁹¹ V. not., J. WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 232.

⁹² P. HUBERT, concl. sur l'arrêt CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *CJEG*, 1990, p. 348 ; v. aussi, D. LABETOUILLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *AJDA*, 1983, p. 359 ; B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJCP*, 2009, p. 152. V. not., au sein de la doctrine, J.-M. de FORGES, *Droit administratif*, PUF, coll. « Premier cycle », 6^{ème} éd., 2002, p. 32 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER et C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis », 15^{ème} éd., 2010, p. 540 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contrac-

le point de départ du processus de qualification jurisprudentielle, c'est-à-dire dans le présumé caractère privé des contrats⁹³. Un tel postulat provient peut-être de l'idée, ancienne et révolue, selon laquelle ces actes supposeraient une simple gestion des affaires sans manifestation d'autorité⁹⁴. Il renvoie plus certainement à la distinction consacrée entre les gestions privée et publique⁹⁵. Quoi qu'il en soit, il rappelle surtout que jadis les activités donnant lieu à contrat étaient fréquemment de nature privée⁹⁶. De sorte que l'administration est réputée se soumettre aux règles du droit commun lorsqu'elle passe un contrat. Bien entendu, diverses méthodes permettent d'appliquer, le cas échéant, un régime administratif à ces conventions. Leur genre n'est pas figé une fois pour toute. Seulement, le processus de qualification élaboré par le juge débute implicitement par cette présomption. Par suite, les critères de la clause exorbitante ou de l'objet de service public visent à renverser cette dernière. Sans cette finalité, leur utilisation n'a pas beaucoup de sens. Voilà pourquoi, partant d'une prémisse inverse, la jurisprudence *Union des assurances de Paris* vide de leur but les critères alternatifs. Elle en empêche l'utilisation à propos des conventions entre personnes publiques.

648. Dans l'hypothèse d'une présomption d'administrativité, les critères alternatifs ne présentent ainsi aucun intérêt. La doctrine a montré que leur application soulevait au demeurant plusieurs difficultés⁹⁷. En revanche, il n'en va pas de même lorsque la démonstration est faite du caractère privé de la convention. Le juge estime, en ce cas, qu'il est possible de recourir à l'exorbitance des clauses ou à l'objet de l'acte pour rétablir le genre initial du contrat⁹⁸. Le Tribunal des conflits a, par

tualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 563 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 382.

⁹³ H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, pp. 353-358. V. plus impl., M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, pp. 185-186.

⁹⁴ V. not., É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887-1888, réimp., LGDJ, 1989, t. 1, p. 587 et s.

⁹⁵ L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991, pp. 3-4.

⁹⁶ D. LABETOUILLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *AJDA*, 1983, p. 357.

⁹⁷ J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *D.*, 1984, jur., pp. 34-36. V. aussi, G. PELLISSIER, note sous l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *RJEP*, 2009, comm. 21.

⁹⁸ La première de ces possibilités avait d'ailleurs été envisagée dans une note particulièrement annonciatrice, v. J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *D.*, 1984, jur., p. 38. V. aussi, J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, pp. 577-578.

exemple, affirmé qu'une convention entre personnes publiques était administrative parce que son objet résidait dans « l'exécution même du service public de logement des étudiants »⁹⁹. Cette même juridiction a aussi jugé que « la cession par une commune [au bénéfice d'une autre commune] de biens immobiliers faisant partie de son domaine privé est en principe un contrat de droit privé, l'existence dans la convention de clauses exorbitantes du droit commun lui confère le caractère administratif »¹⁰⁰. De la sorte, les deux critères alternatifs sont réintroduits au sein du processus de qualification. Et notons que leur mention, quand bien même elle serait superfétatoire, est insusceptible de constituer une erreur de droit¹⁰¹. Or cela est immanquablement une source d'amoindrissement de la simplification issue de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Certes, le faible nombre de décisions rend difficile une interprétation précise de ce mécanisme. Il suffit malgré tout à relever l'extrême sophistication à laquelle est parvenu le juge. De cette complexité découle, de manière compréhensible, un certain nombre de confusions.

649. La méthode de qualification des conventions entre personnes publiques suscite plusieurs méprises d'ordre logique. Il arrive notamment que les deux derniers temps de l'analyse soient mêlés. À cet égard, un membre du Conseil d'État rappelle ceci : « le contrat est de droit privé si, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »¹⁰². Jusqu'ici l'auteur se borne à reproduire la décision *Union des assurances de Paris*. Mais il ajoute ensuite que cette dérogation « s'apprécie en réalité très largement par application des critères traditionnels »¹⁰³. Par là même, il fusionne deux étapes du raisonnement juridique, celle du renversement de l'administrativité et celle de son rétablissement. Un tel raccourci se retrouve d'ailleurs parfois au sein des décisions juridictionnelles. En ce sens, un arrêt énonce qu'un « contrat de fourniture d'eau [entre personnes publiques] qui n'a pas pour objet l'organisation du service public, qui ne fait pas participer le cocontractant de l'administration à l'exécution même de ce service et qui ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ne fait naître entre les parties [...] que des rapports de

⁹⁹ TC, 7 oct. 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz*, Rec., p. 472 (nous soulignons).

¹⁰⁰ TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisp*, Rec., p. 478 (nous soulignons).

¹⁰¹ CE, 3 nov. 2003, *Union des groupements d'achats publics*, Rec., p. 430.

¹⁰² A. MÉNÉMÉNIS, note sous l'arrêt CE, 3 nov. 2003, *Union des groupements d'achats publics*, DA, 2004, comm. 43, p. 20.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20 (nous soulignons). V. aussi, G. GOULARD, concl. sur l'arrêt CE, 1^{er} mars 2000, *Commune de Morestel et syndicat du collège de Morestel*, CJEG, 2000, p. 192 ; B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, BJCP, 2009, p. 152.

droit privé »¹⁰⁴. En somme, l'approche du Conseil d'État consiste ici à se servir des critères alternatifs afin de conclure à la présence de rapports exclusivement privés. Raisonnant en quelque sorte *a contrario*, il se borne à écarter les éléments de droit public sans apporter la preuve du lien de droit privé.

650. Cette tendance du juge à mêler les différentes étapes du processus de qualification traduit peut-être sa volonté d'abandonner progressivement la méthode induite par la décision *Union des assurances de Paris*. Si tel est bien son intention, il paraît souhaitable qu'elle soit exprimée clairement car l'état du droit n'est guère satisfaisant. D'une part, la qualification des conventions entre personnes publiques souffre d'une opacité manifeste. Son résultat demeure donc souvent très incertain. Or on sait combien cette étape détermine nombre de conséquences ultérieures et qu'elle convient assez bien aux conventions d'administration. D'autre part et surtout, toutes ces confusions rendent très complexe le raisonnement suivi par le juge. Les raccourcis qu'il emprunte donnent le sentiment que le genre administratif présumé a, en réalité, toujours besoin d'être prouvé. Car le recours aux critères traditionnels puise sa justification dans le rétablissement de l'administrativité renversée. S'il intervient avant l'identification des rapports de droit privé, cela signifie fatalement que la nature des parties est indifférente et qu'elle n'emporte aucune sorte de présomption.

651. Toutes ces évolutions aboutissent à une érosion du critère organique. Pour la détermination d'une convention entre personnes publiques, la référence aux parties est devenue largement infructueuse. En définitive, tout semble indiquer que le juge tend à substituer à l'actuelle administrativité présumée une administrativité prouvée. La simplicité initiale du principe cède ainsi le pas au profit d'une démarche plus pragmatique. On peut comprendre les raisons de ces changements mais il faut attendre du juge une plus grande rigueur dans l'utilisation des différents critères. De cela dépend certainement la pérennité, déjà bien menacée, de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Atténuée par le jeu des dérogations, la présomption

¹⁰⁴ CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, Rec., tab., p. 628. V. impl., s'agissant seulement du critère de l'objet, TC, 7 oct. 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz*, Rec., p. 472. V. s'agissant des clauses exorbitantes du droit commun, CAA Marseille, 9 juill. 2007, *Commune d'Alet-les-Bains*, req. n° 04MA02198). Dans cette dernière jurisprudence, la démarche du juge est particulièrement étonnante puisqu'il ne mentionne pas le critère du service public dans le considérant de principe alors même qu'il examine s'il est rempli en l'espèce. V. aussi, CAA Bordeaux, 8 févr. 1994, *Commune d'Ardin*, Rec., tab., p. 836. La cour d'appel se réfère, de façon superfétatoire, à la nature de service public industriel et commercial du service de distribution des eaux.

d'administrativité est surtout affaiblie dans la mesure où elle se trouve quelquefois évincée du processus de qualification.

b) Une présomption évincée

652. De façon surprenante, il est déjà arrivé au juge d'ignorer la présomption d'administrativité des conventions entre personnes publiques. Certaines décisions se bornent à appliquer les critères alternatifs, sans même prendre le soin de rappeler le considérant de principe issu de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Jusqu'ici, les illustrations de cette pratique sont restées rarissimes. Dans cette mesure, on pourrait simplement y percevoir une nouvelle « anomalie regrettable »¹⁰⁵ plutôt qu'une manifestation des réserves du juge. Toutefois, le fait de ne pas mentionner cette présomption ne semble pas anodin. Cela corrobore l'idée selon laquelle les difficultés relatives au maniement des critères surajoutés à la jurisprudence *Union des assurances de Paris* rendent cette dernière inutilisable. Il est alors légitime que le juge cherche à évincer ladite présomption. C'est ce qu'il a, semble-t-il, voulu faire en énonçant qu'une « convention entre deux personnes publiques pour l'organisation de leurs services publics de distribution d'eau potable a un caractère administratif »¹⁰⁶. De manière inhabituelle, le Conseil d'État s'est discrètement détourné ici de la jurisprudence classique. En s'abstenant de reproduire le considérant de principe, il paraît indiquer son intention de ne pas recourir ici à la présomption d'administrativité¹⁰⁷.

653. Les conséquences d'une telle formulation sont diverses. Parmi celles-ci, il est possible d'envisager la consécration d'une nouvelle exigence à l'endroit du juge. Elle consisterait en la démonstration systématique du genre des conventions entre personnes publiques. Il ne s'agirait plus pour le juge de présumer mais d'établir le caractère administratif de l'acte. Ce serait là un changement important dans le processus de qualification. À ce propos, un membre du Conseil d'État souscrit à une vision plus prudente de l'état du droit, tout en admettant volontiers l'affaiblissement que connaît la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Selon cet auteur, « la juris-

¹⁰⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 548.

¹⁰⁶ CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *Rec.*, tab., p. 648.

¹⁰⁷ V. *contra*, G. ECKERT, note sous l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *CMP*, 2009, comm. 7 : « plus largement, [cette solution] s'inscrit dans la présomption d'administrativité dont bénéficient les contrats entre personnes publiques. [...] Ce raisonnement est pleinement transposé à la qualification des contrats conclus entre personnes publiques dans le secteur de la distribution de l'eau ».

prudence postérieure à l'arrêt UAP n'est [...] pas revenue sur le critère qu'il énonce ; elle a toutefois souligné qu'il ne constituait qu'une règle de méthode et que *la disparition du critère organique dans la qualification des contrats n'aurait probablement, concernant les contrats entre personnes publiques qu'un effet très limité*»¹⁰⁸. À la lecture de ces lignes, on peut néanmoins se demander si le juge administratif ne revient pas à une qualification prouvée. Par la combinaison d'éléments organiques et matériels, il réunit en effet les conditions classiques d'identification sans avoir besoin de se référer à une quelconque présomption. Un tel choix ne se borne pas à un aménagement de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*, il implique de revenir sur le principe même d'une présomption d'administrativité des conventions entre personnes publiques. Y serait substituée la règle selon laquelle un contrat conclu entre personnes publiques et portant sur l'organisation d'un service public a toujours un caractère administratif.

654. Cette évolution jurisprudentielle apparaîtrait cohérente. Elle rejoindrait au demeurant les souhaits d'une partie de la doctrine, représentée notamment par M. Rolin. Ce dernier propose, dans sa thèse, la formulation suivante : « le contrat par lequel deux ou plusieurs collectivités publiques *s'apportent un concours mutuel dans un but de service public* présente un caractère administratif »¹⁰⁹. Malgré le caractère vague des termes choisis, une pareille solution est tout à fait admissible. Cependant, sa mise en œuvre par le juge administratif pourrait s'avérer moins simple qu'une présomption utilisée de façon rigoureuse. Deux arguments appuient cette opinion. Dans le schéma de raisonnement proposé, il ne suffit plus tout d'abord de constater la nature des parties. Et surtout, le recours à la notion de service public introduit une incertitude supplémentaire puisque, tout en étant essentielle à la matière, cette notion reste, encore et toujours, mal définie en droit administratif.

Ces deux aspects seraient pour autant compensés par un certain nombre d'avantages. En particulier, l'association d'un critère matériel à la nature publique des parties devrait permettre une qualification plus cohérente avec la réalité des activités publiques. Car la présomption actuelle demeure somme toute assez théorique.

¹⁰⁸ G. PELLISSIER, note sous l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, RJEP, 2009, comm. 21 (nous soulignons).

¹⁰⁹ F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997, p. 295 (nous soulignons). Cette idée peut être reliée à diverses approches. Par exemple, en matière de santé, un auteur a pu écrire que « les deux types de COM sont surtout de natures juridiques différentes. À l'évidence, le contrat entre l'ARH et un établissement du service public est un contrat administratif puisqu'il concerne directement l'exécution du service public. Il n'en va certainement pas de même pour le contrat conclu entre l'ARH et un établissement privé » (J.-M. de FORGES, « Le volet hospitalier de la réforme de la protection sociale de 1996 », *RDSS*, 1996, p. 729).

Pour s'en convaincre, il suffit de constater la proportion de conventions identifiées au moyen des critères matériels¹¹⁰. Au surplus, la solution vers laquelle tend la jurisprudence apporterait plus de sécurité à la qualification. Une fois réunis les deux éléments exigés, on ne voit guère comment un contrat pourrait être de droit privé. Enfin, et ce n'est pas le moindre de ses mérites, l'évolution pressentie mettrait fin aux contradictions induites par la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. En toute logique, la présomption par laquelle débute le processus de qualification impose un renversement pour recourir à la notion de service public. Il faut ainsi estimer au préalable que « eu égard à son objet, [le contrat] ne fait naître entre les parties *que* des rapports de droit privé »¹¹¹. C'est à cette condition que l'on peut ensuite arguer du service public pour prononcer le caractère administratif de l'acte. Or ce détour logique aboutit à un paradoxe : affirmer que la relation est *exclusivement* de droit privé tout en jugeant qu'elle repose sur l'exécution même d'un service public est assez étrange. Ce décalage résulte de la formulation initiale du principe jurisprudentiel qui visait à protéger les contrats de la possibilité de renverser trop aisément la présomption. En limitant cette faculté aux objets dont découlent uniquement des rapports de droit privé, on souhaitait protéger l'administrativité présumée. Malgré tout, des interprétations larges ont souvent eu raison de cette ambition¹¹². Les modifications des formules jurisprudentielles, en évinçant le principe même de la décision *Union des assurances de Paris*, permettent d'écartier ces obstacles théoriques. Mais des aménagements moins radicaux pourraient permettre de préserver la présomption d'administrativité. Cela débiterait par la suppression du terme *que*, parce qu'il conduit à des incohérences au sein d'un raisonnement déjà fort sophistiqué¹¹³.

655. L'ensemble de ces éléments menace un peu plus le maintien de la présomption d'administrativité. Il pose à l'évidence la question de l'abandon de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Pourtant, comme le reconnaît souvent la doc-

¹¹⁰ V. part., CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, Rec., p. 123 ; TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisq*, Rec., p. 478 ; CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, Rec., tab., p. 628.

¹¹¹ TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, Rec., p. 537 (nous soulignons).

¹¹² V. part., CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, Rec., p. 123.

¹¹³ Un arrêt dont la formulation est audacieuse, dans la mesure où elle s'écarte de celle de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*, mérite d'être mentionné. Il est utile d'en reproduire le considérant de principe puisque, entre autres modifications, il fait disparaître la restriction contestée : « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt, en principe, un caractère administratif ; qu'il n'en est autrement que si le contrat, eu égard à son objet et en l'absence de toute clause exorbitante de droit commun, *fait naître entre les parties des rapports de droit privé* » (CAA Marseille, 9 juill. 2007, *Commune d'Alet-les-Bains*, req. n° 04MA02198) (nous soulignons).

trine, le processus de qualification adopté par le juge est tout à fait convaincant d'un point de vue intellectuel. Selon certains, la présomption consacrée « paraît [ainsi] de bon sens »¹¹⁴ ; tandis que, pour d'autres, elle établit une « heureuse symétrie »¹¹⁵. Elle s'avère néanmoins d'une utilisation si compliquée qu'elle en devient largement impraticable. On comprendrait ainsi que le juge cherche dans le futur à s'écarter de la logique suggérée par la décision du Tribunal des conflits. Il devrait, en tout cas, revenir à ce dernier de trancher sur l'opportunité d'un éventuel revirement. Au-delà des possibles évolutions jurisprudentielles, on constate que l'analyse menée par André de Laubadère a fondamentalement conservé toute sa pertinence. Aujourd'hui encore on pourrait sans risque écrire ceci : « il ne faudrait pas croire [que] tous les contrats conclus entre personnes publiques soient des contrats administratifs. Ils ne le sont que s'ils répondent aux critères généraux de ce type de contrats ; il peuvent donc être des contrats de droit commun »¹¹⁶. Cette affirmation apparaît encore juste dans ses aspects principaux. Il ne faut certes pas y percevoir le signe d'un recul. Le juge n'en revient pas aux méthodes lacunaires du début du siècle dernier¹¹⁷. Malgré tout, il est contraint d'appliquer les critères traditionnels ainsi qu'il le faisait déjà auparavant¹¹⁸. Dans cette mesure le maintien de la jurisprudence *Union des assurances de Paris* semble tenir à peu de choses.

656. S'agissant des conventions d'administration, un tel abandon serait toutefois assez regrettable. Car si la présomption d'administrativité subit un affaiblissement certain pour la qualification des contrats, cela n'empêche pas le juge de l'appliquer aux conventions d'administration. Pour ces dernières, la mise en œuvre de ce principe est moins problématique pour une raison simple. Il est fort peu probable en définitive que ces procédés conventionnels ne fassent naître que des rapports de droit privé entre les parties. En effet, leur finalité est par essence administrative puisqu'elle consiste, d'une façon générale, à encadrer les rapports institutionnels et à organiser la production juridique de l'administration. On peut dès lors dou-

¹¹⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2010, p. 260.

¹¹⁵ J.-M. de FORGES, *Droit administratif*, PUF, coll. « Premier cycle », 6^{ème} éd., 2002, p. 32.

¹¹⁶ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 57.

¹¹⁷ TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurance « le Soleil » c/ L'État*, *Rec.*, p. 449 : « un accord [intervenu entre personnes publiques], qui, par sa nature et ses effets, rentre dans les contrats de droit civil ». V. aussi, CE, 28 janv. 1921, *Ville de Béziers c/ Général Exelmans*, *Rec.*, p. 105.

¹¹⁸ V. s'agissant de l'application des clauses exorbitantes, v. impl., CE, 30 juill. 1920, *Ville de Rennes c/ l'État*, *Rec.*, p. 798 ; CE, 13 févr. 1942, *Commune de Sarlat*, *Rec.*, p. 49 ; et expl., TC, 28 mars 1955, *Électricité de France c/ Département des Basses-Pyrénées*, *Rec.*, p. 615 ; CE, 9 oct. 1959, *Hôpital-Hospice de Dax*, *Rec.*, p. 496. V. s'agissant de l'application du critère de l'objet, Cass, 1^{ère} civ., 25 avr. 1972, *ORTF c/ SARL Laboratoire unis et Agent jud. du Trésor, D.*, 1973, jur., p. 614, note J. Chevallier.

ter que de tels procédés puissent par exemple viser des opérations de location d'immeubles ou de fourniture de véhicules. Ainsi, l'utilisation de la présomption s'en trouve facilitée. De la même manière que les contrats de plan ont été qualifiés au moyen de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*¹¹⁹, l'ensemble des conventions d'administration peut aisément être identifié par ce biais.

Sans souci d'exhaustivité, la présomption joue par exemple pour les contrats de projets¹²⁰, les contrats locaux de sécurité¹²¹, les contrats de pays, de nombreux contrats d'objectifs et de moyens signés entre l'État et ses établissements publics, ou encore certains contrats urbains de cohésion sociale. On comprend que les difficultés posées par le processus de qualification soient moindres pour tous ces actes. Leurs objets paraissent circonscrits à des préoccupations de droit public. Par là même, la présomption d'administrativité s'applique pleinement pour ces actes sans qu'il soit besoin de la renverser pour, le cas échéant, la rétablir ensuite. En conséquence, du point de vue de son utilisation, la jurisprudence *Union des assurances de Paris* s'avère satisfaisante dans l'ensemble de ces hypothèses. S'il arrive qu'elle soit évincée à propos de contrats, rien ne justifierait qu'il en aille de même pour la majorité des conventions d'administration. La mise en œuvre de cette présomption pourrait en revanche être affectée par l'affaiblissement de sa justification.

¹¹⁹ V. not., O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 101 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, B. GENEVOIS et P. DELVOLVÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p. 554 ; Y. MADIOT, note sous l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, RFD A, 1997, p. 343 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », RFD A, 1984, p. 18 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 181 ; Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-Cl. Douence*, Dalloz, 2006, p. 449 ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 382.

¹²⁰ On vise ici en particulier la série de contrats signés entre l'État et les régions pour la période allant de 2007 à 2013. V. not., le contrat de projets État-région Île-de-France 2007-2013, signé le 23 mars 2007 ; le contrat de projets État-région Aquitaine 2007-2013, signé le 5 mars 2007 ; le contrat de projets État-région Bretagne 2007-2013, signé le 12 avr. 2007 ; le contrat de projets État-région Languedoc-Roussillon 2007-2013, signé le 18 déc. 2006 ; le contrat de projets État-région Centre 2007-2013, signé le 8 mars 2007. Pour une présentation similaire, le contrat de projets Rhône-Alpes 2007-2013, signé le 20 mars 2007.

¹²¹ Tel est le cas par exemple du contrat local de sécurité signé le 17 juill. 2009 entre le maire de la commune de Nice, le président du Conseil général et des représentants de l'État pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.nice.fr) ; ou encore le contrat local de sécurité de la commune de Lyon signé le 30 mai 2008. Toutefois, il faut relever que de tels actes peuvent inclure parfois des signataires de droit privé, v. not. le contrat local de sécurité de la commune de Lille signé le 7 nov. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.mairie-lille.fr).

§2. L'affaiblissement de sa justification

657. La décision *Union des assurances de Paris* a indéniablement suscité de nombreuses espérances au sein de la doctrine. Sans doute pouvait-il paraître légitime que les auteurs perçoivent dans cette jurisprudence une grande innovation. Car, pendant de longues années, les conventions entre personnes publiques ne connaissaient pas un sort différent de celles passées avec des personnes privées. Aussi la consécration d'une présomption d'administrativité annonçait-elle une possible émancipation d'une catégorie spécifique de contrats. Tel n'a cependant pas été le cas. Près de trois décennies plus tard, le recours au critère organique pour identifier ces conventions n'apparaît ni unificateur (a) ni même simplificateur (b).

a) Un critère peu unificateur

658. Au-delà des apparences, la revalorisation du critère organique pour les conventions signées entre personnes publiques n'a eu qu'une portée modestement unificatrice. À la différence des conventions passées par des sujets de droit privé, la nature des parties importe assez peu pour leur qualification. Il ressort ainsi de l'observation de ces actes une incontestable hétérogénéité. En conséquence, on ne saurait prétendre que les contrats entre personnes publiques constituent une catégorie propre. Une semblable opinion n'était pas fautive naguère¹²² mais elle l'est devenue au fil des jurisprudences. Elle est du reste niée explicitement par un membre du Conseil d'État puisqu'il affirme que « les contrats entre personnes publiques ne forment pas une catégorie à part »¹²³. Selon leur objet ou leur contenu, ces actes sont susceptibles d'être soumis à différents régimes juridiques. La seule qualité des parties ne suffit donc plus à soumettre ces procédés aux principes qui régissent les contrats administratifs. Ce constat peut sembler paradoxal mais le juge administratif a été contraint à de nombreux aménagements afin d'éviter des solutions illogiques¹²⁴. À cet égard, la présomption d'administrativité n'a provoqué aucun bouleversement de l'ancien état du droit.

¹²² B. PACTEAU, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, RA, 1983, p. 369.

¹²³ B. STIRN, « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.

¹²⁴ V. en ce sens, J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, D., 1984, jur., p. 38 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, obs. sous l'arrêt CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, D., 1991, somm., p. 141.

659. Dès lors, il n'existe aucun bloc de compétence au profit de la juridiction administrative pour l'ensemble des contrats entre personnes publiques. Et la connaissance des recours en cette matière revient assez fréquemment au juge judiciaire. En attestent plusieurs conventions dont les objets sont divers. Sans souci d'exhaustivité, on peut souligner que ces derniers vont de la fourniture de véhicules¹²⁵ à la distribution d'eau¹²⁶. Cela ne signifie pas, pour autant, que les contrats entre personnes publiques sont majoritairement de droit privé ; loin s'en faut. Seulement, la proportion d'actes relevant des juridictions civiles et faisant l'objet d'un contentieux est plus importante. Autrement dit, il est très possible que les contrats administratifs entre personnes publiques suscitent des difficultés appelant moins souvent la saisine du juge¹²⁷. Une pareille hypothèse pourrait fournir une explication probante de la quantité réduite de contrats administratifs qualifiés par la seule présomption.

Il reste que la jurisprudence n'a pas « rapatrié dans le contentieux administratif »¹²⁸ l'ensemble de ces procédés négociés. Et si l'on pouvait penser qu'une « telle présomption, fondée sur le cumul d'éléments organiques de droit public, [allait jouer] dans un sens favorable à l'accroissement du nombre des contrats administratifs »¹²⁹ ; le résultat escompté n'a pas été atteint. D'ailleurs tel n'a jamais été l'intention du juge. M. Labetoulle se défendait de chercher à enrichir la catégorie des contrats administratifs. Il affirmait, en ce sens, dans ses conclusions : « nous n'entendons pas étendre vraiment le champ d'application de la notion de contrats administratifs : celui-ci ne devrait guère être affecté, si ce n'est de façon marginale, par cette nouvelle définition que nous vous proposons »¹³⁰. L'analyse de la jurisprudence corrobore aujourd'hui la volonté initiale de l'instigateur de la présomption d'administrativité. La délimitation des contrats administratifs et privés n'a guère été bouleversée par la décision *Union des assurances de Paris*. Surtout, la compétence juri-

¹²⁵ CE, 3 nov. 2003, *Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 430.

¹²⁶ CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, *Rec.*, tab., p. 628 ; CAA Marseille, 9 juill. 2007, *Commune d'Alet-les-Bains*, req. n° 04MA02198.

¹²⁷ N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, pp. 563-564.

¹²⁸ V. *contra*, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, B. GENEVOIS et P. DELVOLVÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p. 554.

¹²⁹ J.-F. LACHAUME, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*. Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 63.

¹³⁰ D. LABETOULLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA*, 1983, p. 358.

dictionnelle à l'égard des conventions entre personnes publiques ne revient pas systématiquement au juge administratif.

660. Au demeurant, les tentatives d'unification des contrats entre personnes publiques ne sont pas forcément souhaitables, ou même envisageables. Tout d'abord, les contentieux sont encore assez peu nombreux concernant ces procédés. Un bref recensement jurisprudentiel suffit à révéler la quantité presque marginale des saisines. Cela ne saurait résulter, à l'évidence, d'une éventuelle rareté des conventions entre personnes publiques au sein de l'action administrative. Comme il a été écrit¹³¹, cette pratique est dorénavant très courante. En revanche, elle ne donne encore lieu qu'à un contentieux sporadique¹³². On peut donc raisonnablement estimer qu'il n'y a guère d'urgence en la matière. D'autant que, dans l'hypothèse où le nombre de saisines juridictionnelles viendrait à augmenter, il est probable que les diverses qualifications légales neutraliseraient quelquefois l'application des critères jurisprudentiels. Enfin, une telle unification correspondrait mal aux méthodes de qualification préconisées par les institutions communautaires. Les raisonnements qu'elles suivent reposent, malgré un certain éclectisme, essentiellement sur des éléments matériels et fonctionnels. Sans ignorer la distinction entre personnes publiques et privées¹³³, ils tiennent peu compte de la nature des sujets et adoptent des perspectives plus larges que celles du juge administratif¹³⁴. Pour l'ensemble de ces motifs, l'absence d'unification des conventions entre personnes publiques n'est, pour l'heure, pas aussi préoccupante qu'elle n'y paraît. En revanche, les complications engendrées par la présomption d'administrativité appellent une tout autre appréciation.

¹³¹ V. *supra*, n° 2 et s.

¹³² V. not., déjà en ce sens, D. LABETOUILLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA*, 1983, p. 357 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, obs. sous l'arrêt CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *D.*, 1991, somm., p. 141.

¹³³ J.-B. AUBY, « La distinction du droit public et du droit privé », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 296-299.

¹³⁴ V. not., la jurisprudence relative aux marchés publics, L. DUBOUIS et Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 3^{ème} éd., 2004, pp. 526-528. V. aussi impl., sur la référence exclusive à la puissance publique et non à la personne publique, P. DELVOLVÉ, « Introduction », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 666 ; R. NOGUELLOU, « Les catégories du droit des contrats administratifs », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 681-683 ; D. RITLÉNG, « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 854-856. Tout ceci provient certainement d'une différence de fondement entre ces deux droits, v. F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, pp. 945-948.

b) Un critère peu simplificateur

661. Dès la consécration de la présomption d'administrativité, plusieurs hésitations ont été exprimées au sein des discours doctrinaux. Malgré un consensus sur le bien-fondé théorique – ou du moins intuitif – du choix opéré par le Tribunal des conflits¹³⁵, la justification pratique de ce revirement n'est pas apparue certaine. Ainsi M. Moderne a-t-il nourri des doutes à propos de la simplification que l'on pouvait attendre de la jurisprudence *Union des assurances de Paris*¹³⁶. De même, certains annotateurs avaient prédit de multiples difficultés pour l'application de cette décision¹³⁷. Et désormais les appréciations divergent assez peu entre les auteurs. La plupart d'entre eux s'accordent sur le fait que la simplification espérée¹³⁸ se trouve aujourd'hui compromise¹³⁹. Une pareille conclusion se justifie à maints égards. Mais elle s'appuie, en particulier, sur l'insuffisance du seul critère organique pour emporter la qualification d'un contrat entre personnes publiques. Du reste, certaines circonstances font parfois de la présomption une complication supplémentaire.

662. En premier lieu, l'utilisation du critère organique n'est jamais suffisante pour conclure à l'administrativité d'une convention. Elle requiert toujours l'adjonction d'un élément matériel. En conséquence, la doctrine s'accorde sur le fait que la présence de plusieurs personnes publiques n'est jamais décisive pour qualifier un contrat. Tenant compte des carences liées au critère organique, plusieurs auteurs jugent ainsi que la jurisprudence *Union des assurances de Paris* « n'a qu'une portée limitée »¹⁴⁰. En somme, on doit reconnaître que « les situations rencontrées depuis cette

¹³⁵ Ce fut notamment le cas pour des raisons contextuelles, v. par ex., N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 559.

¹³⁶ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, pp. 18-19.

¹³⁷ J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *D.*, 1984, jur., pp. 36-38.

¹³⁸ D. LABETOUILLE, concl. sur la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, *AJDA*, 1983, p. 358 : le commissaire du gouvernement jugeait la nouvelle définition « d'application plus commode » ; B. PACTEAU, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *RA*, 1983, p. 369.

¹³⁹ V. not., F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 603, 2010, n° 28 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 181 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2010, p. 260. V. aussi, sur l'absence de simplification, Ph. LA-GRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA*, 2000, chron. 6, p. 7.

¹⁴⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 134. V. aussi, D. PIVETEAU, concl. sur l'arrêt CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord* (inédites), propos rapportés in *AJDA*, 2007, p. 2145, note J.-D. Dreyfus ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, B. GENEVOIS et P. DELVOLVÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, p. 555 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2010, p. 260.

décision *UAP* montrent que le critère organique n'a aucune vertu simplificatrice. Ce sont les critères matériels qui font toujours la différence »¹⁴¹. Selon les situations, l'ajout des critères alternatifs permet surtout de préserver la cohérence d'ensemble des qualifications contractuelles. Car le fait de circonscrire le raisonnement à la nature des parties aurait pu conduire à des solutions paradoxales. Plus précisément, deux conventions, pourtant identiques d'un point de vue matériel, auraient pu recevoir des qualifications différentes. Une telle éventualité visait notamment la présence de clauses exorbitantes du droit commun. Puisque le juge devait se borner à relever la présence de personnes publiques, puis à examiner la nature des rapports juridiques, il n'avait pas à contrôler le contenu des stipulations. De sorte qu'un contrat pouvait théoriquement être de droit privé malgré l'exorbitance de certaines clauses. Or le même acte, conclu maintenant entre des parties publique et privé, serait assurément revenu à la juridiction administrative. L'incohérence aurait donc été totale¹⁴². Fort heureusement, l'application des critères alternatifs aux conventions entre personnes publiques a rétabli une logique au système. Dans cette mesure, le recours aux critères alternatifs est pleinement justifié. Malgré les difficultés logiques qu'il suppose, il simplifie l'état du droit en lui rendant sa cohésion ; chose que ne permettait pas la seule référence au critère organique.

663. En second lieu, il arrive parfois que la présomption issue de la décision *Union des assurances de Paris* constitue une complication supplémentaire. Loin de simplifier l'opération de qualification, ce principe peut impliquer des conciliations délicates. En témoignent les contrats engageant de multiples signataires dont plusieurs personnes publiques et privées. Une telle hypothèse peut tout à fait être traitée au moyen des critères alternatifs. En optant pour cette démarche, on négligerait éventuellement une certaine « ambiance de droit public » pour se focaliser sur la nature mixte des parties. Pourtant, à l'occasion d'un litige relatif à un contrat de prêt, le juge a envisagé les choses différemment. Il a confondu, de manière assez surprenante, la méthode valable pour les contrats entre personnes publiques et celle utilisée pour les contrats dont au moins une partie est une personne privée. Pour écarter la compétence de la juridiction administrative, le Conseil d'État a ainsi jugé que ce contrat de prêt « a un objet exclusivement financier, détachable des opérations de construction [des] équipements ; qu'il n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service pu-

¹⁴¹ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 119.

¹⁴² V. part., J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, D., 1984, jur., pp. 36-38. Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, pp. 118-119.

blic incombant à l'une ou l'autre de ses parties ; qu'il ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ; que ce contrat, *passé notamment entre deux personnes publiques, ne fait par suite [...] naître entre ses parties que des rapports de droit privé* et n'a pas le caractère d'un contrat administratif »¹⁴³. Cette jurisprudence révèle parfaitement les complications auxquelles peut donner lieu la décision *Union des assurances de Paris*. De toute évidence, l'inexistence d'une présomption d'administrativité aurait facilité, en l'espèce, le travail du juge et rendu plus intelligible son raisonnement. Il s'agit là d'une illustration parmi d'autres des difficultés générées par le maintien de la jurisprudence *Union des assurances de Paris* dont l'avenir n'est guère assuré.

664. Conclusion de section. Séduisant d'un point de vue intellectuel, le principe posé par la jurisprudence *Union des assurances de Paris* résiste bien mal aux exigences de la pratique. La prise en compte des parties par le juge provient d'une volonté évidente de systématisation. Toutefois, cette intention s'accorde difficilement avec un certain nombre de considérations pragmatiques. Voilà pourquoi le juge a été contraint de réintroduire peu à peu les critères alternatifs appliqués aux contrats passés entre personnes publique et privée. Il n'est pas certain, pour autant, que la présomption d'administrativité doive être remise en cause malgré sa fragilisation. On peut même estimer qu'elle mérite d'être maintenue puisqu'elle s'avère très efficace à propos des conventions d'administration. En effet, leur identification ne rencontre pas les mêmes difficultés que celles relevées concernant les contrats et s'obtient plus simplement en recourant à cette présomption. Les conventions d'administration pourraient, à cet égard, inciter à préserver la jurisprudence *Union des assurances de Paris*. Mais cela impose alors de suivre rigoureusement le raisonnement découlant de la présomption d'administrativité¹⁴⁴.

665. Néanmoins, le critère organique s'avère peu fiable pour déterminer le genre des conventions entre personnes publiques. Il l'est, en comparaison, bien moins que dans l'hypothèse où seules des personnes privées sont parties à l'acte¹⁴⁵. Malgré tout, il demeure valable pour bon nombre de procédés engageant des administrations. Et il faut reconnaître par ailleurs que la présomption rend plus cohérente

¹⁴³ CE, 1^{er} mars 2000, *Commune de Morestel et syndicat du collège de Morestel*, Rec., tab., p. 899 (nous soulignons). V. égal., le juge d'appel s'était contenté d'examiner les critères alternatifs, ce qui apparaît plus rigoureux, CAA Lyon, 16 oct. 1997, *Commune de Morestel et Syndicat du collège de Morestel*, Rec., tab., p. 740.

¹⁴⁴ V. pour une application plutôt satisfaisante quant au raisonnement emprunté, CE, 3 nov. 2003, *Union des groupements d'achats publics*, Rec., p. 430.

¹⁴⁵ V. encore, TC, 7 juin 1999, *Commune de Ceyzeriat*, Rec., p. 453 ; TC, 21 mars 2005, *Société Slibail énergie*, Rec., p. 653 ; TC, 2 juin 2008, *Société Aravis-enrobage c/ Commune de Cusy et Entreprise Grosjean*, Rec., p. 554.

l'application éventuelle des critères alternatifs. Le recours direct à ces derniers pour des conventions entre personnes publiques aurait, en effet, de quoi surprendre. Aussi la jurisprudence *Union des assurances de Paris* apparaît-elle désormais plus comme énonçant un principe d'organisation du processus de qualification qu'une jurisprudence permettant de qualifier directement une convention. Et même si elle est efficace s'agissant des conventions d'administration, le risque de son abandon progressif invite à envisager l'application des critères alternatifs.

Section 2 : L'efficacité partielle des critères alternatifs

666. La valeur du critère organique n'exclut évidemment en rien l'utilité d'autres éléments pour qualifier une convention¹⁴⁶. Mais deux motifs principaux incitent en particulier à envisager l'application des critères alternatifs aux conventions d'administration. D'une part, l'analyse des contrats entre personnes publiques a montré que leur qualification requiert souvent l'utilisation d'éléments touchant à leur contenu ou à leur objet. D'autre part, il arrive que des conventions d'administration soient signées entre des personnes publiques et privées. Ainsi en va-t-il de conventions d'utilité sociale lorsqu'elles sont passées entre l'État et des organismes privés d'habitations à loyer modéré¹⁴⁷, ou encore de conventions auxquelles des établissements de recherche privés sont parties¹⁴⁸. Ne pouvant alors recourir à la présomption d'administrativité, la mise en œuvre des critères alternatifs s'impose en ces cas. Mais pour s'y référer encore faut-il que l'on vérifie la possibilité de les transposer à tous les procédés conventionnels. Dans la mesure où les critères alternatifs ont été élaborés par le juge pour servir à la qualification des seuls contrats, il n'est pas certain qu'ils puissent jouer pour les conventions d'administration.

667. Cette vérification suggère une présentation binaire. De manière très simple, elle conduit à mesurer successivement la pertinence du critère relatif aux clauses et de celui portant sur l'objet des conventions. En effet, il est désormais admis que la satisfaction de l'un de ces critères peut suffire pour emporter la qualification d'un contrat¹⁴⁹. Cela justifie le choix de les envisager séparément. Au surplus,

¹⁴⁶ V. not., M. GUIBAL, « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 229.

¹⁴⁷ Art. L. 445-1 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁴⁸ V. not., la loi n° 82-610 du 15 juill. 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF*, 16 juill. 1982, p. 2271

¹⁴⁹ V. auparavant, *contra*, G. JÈZE, « Les contrats administratifs », *RDP*, 1925, p. 173 ; G. PÉQUIGNOT, « Des contrats de l'administration », in « Des contrats administratifs », *J.-Cl. adm.*, fasc. 505, 1952, p. 16 et s. Et

l'organisation des développements suivants ne traduit pas une quelconque hiérarchie entre les critères alternatifs. D'éminents auteurs se sont pourtant évertués à montrer la primauté de l'un sur l'autre¹⁵⁰. Mais ces opinions demeurent aujourd'hui assez infructueuses. En pratique, la question de la hiérarchisation des critères présente un intérêt assez faible¹⁵¹. Dans la mesure où la jurisprudence admet que la satisfaction d'un seul de ces critères emporte la qualification de contrat administratif et qu'elle applique une sorte d'économie des motifs établissant sa compétence, des préoccupations pragmatiques dirigent souvent sa décision. Le juge privilégiera, selon les litiges, l'un ou l'autre, celui qui paraîtra constituer la motivation la plus solide. À défaut d'une hiérarchisation théorique, sans doute existe-t-il ainsi des prédominances ponctuelles qui répondent essentiellement à des considérations contextuelles ou idéologiques. Inutile pour la qualification des conventions d'administration (Sous-section 1), le critère de la clause exorbitante sera étudié avant celui lié au service public qui, dans l'une de ses modalités au moins, semble plus pertinent (Sous-section 2).

même, A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, pp. 57-58 : « pour qu'un contrat conclu par l'administration soit un contrat administratif, il faut à la fois qu'il soit relatif à l'organisation ou au fonctionnement d'un service public et qu'il contienne une ou plusieurs clauses exorbitantes au droit commun » (nous soulignons). Plus loin, l'auteur propose même de fusionner les deux critères, sans doute pour revaloriser celui du service public. Il affirme ainsi : « il suffit en effet de remarquer que cette participation à la gestion du service constitue en elle-même une « clause exorbitante » et implique ainsi la réalisation de la seconde condition du contrat administratif ; car il est évident qu'il n'existe et ne peut exister de contrats entre particuliers comportant une pareille stipulation » (*ibid.*, p. 72). V. not., J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER et Cl. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis », 15^{ème} éd., 2010, p. 549 et s.

¹⁵⁰ De façon schématique, certains auteurs ont reconnu, selon les époques, la prédominance du critère de la clause exorbitante, v. par ex., A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 58 et égal. p. 85 : « primitivement, la condition de service public apparaissait prédominante et même peut-être suffisante ; puis les deux conditions ont été mises sur le même pied ; aujourd'hui la seconde apparaît nettement comme la plus importante et l'on peut même se demander si la condition du service public n'est pas en voie de se résorber dans celle de la clause exorbitante » (nous soulignons). Dans le même sens mais avec plus de nuances puisque l'auteur vise une multitude de critères, on doit renvoyer aux développements de M. Amselek, P. AMSELEK, « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », *RA*, 1973, p. 633 ; v. surtout P. AMSELEK, « La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence », *AJDA*, 1983, p. 3 et s. V. pour des développements plaçant le service public comme critère premier, R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6^e éd., fasc. 1 à 3, Les Cours de droit, 1977-1981, rééd., Dalloz, 2007, t. 1, pp. 438-446 ; J. PUISOYE, « Caractéristiques du contrat administratif par nature », *S.*, 1961, chron., p. 1 et s. V. surtout, pour une vue précise de l'évolution des critères jurisprudentiels, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 144-159.

¹⁵¹ V. en ce sens, A de LAUBADÈRE, note sous la décision TC, 7 juill. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne c/ Syndicat intercommunal de la mise en valeur des communes de Lanslebourg et Lanslevillard*, *AJDA*, 1981, pp. 48-50.

Sous-section 1 : L'inutilité du critère relatif aux clauses des conventions

668. Nombreuses sont les acceptions attachées à la notion de clause exorbitante. Selon les auteurs, il est possible de relever des différences d'interprétation¹⁵² qui reflètent les précisions ajoutées par le juge au gré des jurisprudences. Il ressort ainsi de la doctrine une identification assez subtile de ce critère de qualification juridique. On peut certainement le regretter si des préoccupations de systématisation du droit président à l'étude de la notion de clause exorbitante. Toutefois, la diversité des interprétations s'avère nécessaire pour adapter ce critère aux évolutions constantes des pratiques. Cela rend son utilisation plus flexible aux dépens de sa cohérence qui devient de plus en plus incertaine. Aussi convient-il de dégager tous les sens attribués à la notion de clause exorbitante afin de vérifier si l'un d'entre eux pourrait, le cas échéant, servir à la qualification des conventions d'administration¹⁵³. Il ressort de cette recherche que, malgré la diversité de ses significations et l'affaiblissement de sa portée¹⁵⁴, l'exorbitance est principalement de deux sortes. Soit elle renvoie à des clauses proprement inconcevables en droit privé (§1). Soit elle traduit le fait que certaines clauses essentielles dans les contrats administratifs génèrent une forte inégalité entre les parties (§2)¹⁵⁵.

§1. Les clauses inconcevables en droit privé

669. Il arrive que des stipulations soient perçues comme exorbitantes du droit commun en ce qu'elles paraissent inconcevables au sein d'un contrat privé. Par sa

¹⁵² V. not. F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 603, 2010, n° 87-106. V. une étude fondamentale sur cette question, pour une définition de la clause exorbitante comme étant celle qui serait « illicite », « impossible » ou « inusuelle » dans un contrat de droit privé, ces trois éléments se trouvant *in fine* rattachés à la puissance publique, G. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 et s. Sur l'ensemble des définitions que l'on retrouve au sein de la doctrine, v. aussi la synthèse, F. EL ABDALLAH, *La clause exorbitante du droit commun devant la Cour de cassation*, th. Paris II, 2008, pp. 326-363. Au terme de cette étude, l'auteur propose une définition assez énigmatique de la clause exorbitante : « est exorbitante du droit commun, dans un contrat remplissant le critère organique, la clause qui implique des éléments d'exorbitance du droit privé non justifiés par son contexte contractuel, et qui présente un rattachement raisonnable au droit administratif » (*ibid.*, p. 377, souligné dans le texte).

¹⁵³ Étant entendu qu'il n'existe pas de définition absolue et immuable de ce concept juridique, v. D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Clauses exorbitantes et marchés publics », *CJEG*, 2000, p. 171.

¹⁵⁴ V. not., G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, étude 9.

¹⁵⁵ Ce découpage reprend assez largement les travaux de M. Chapus, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, pp. 551-555. V. pour une autre présentation en quatre formes de clauses exorbitantes, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 213-229.

généralité, cette approche permet de viser un nombre important de clauses usuelles en droit administratif (a). En dépit de la diversité de ces manifestations, aucune de ces clauses n'est pourtant envisageable dans une convention d'administration (b). Dès lors, ce type de clause ne peut conduire à établir l'administrativité de ces actes. Il est donc logique d'exclure cette hypothèse dans le cadre de cette étude.

a) Des clauses diverses dans les contrats administratifs

670. La littérature juridique comporte des écrits pléthoriques sur le critère de la clause exorbitante. Si les auteurs s'accordent globalement sur une signification intuitive de ce type de stipulations, on peut néanmoins relever un certain nombre de dissonances. Malgré leur constance¹⁵⁶, les formules jurisprudentielles suscitent, en effet, une certaine perplexité qui se manifeste au sein même de la juridiction administrative¹⁵⁷. Il en résulte qu'aucune classification précise ne recueille l'unanimité de la doctrine, cette dernière se voyant souvent contrainte de dresser un simple inventaire. Ces ambiguïtés se manifestent à un double niveau. Non seulement les auteurs ne recourent pas toujours au même référentiel pour ordonnancer ces clauses. Mais encore, il arrive que l'on parvienne à des interprétations différentes des jurisprudences malgré des références similaires. Tout ceci ne facilite évidemment pas la compréhension du droit positif. Pour en rendre compte, les clauses exorbitantes peuvent d'abord être envisagées assez largement comme étant celles qui paraissent inconcevables au sein des relations privées, alors même qu'elles sont courantes dans les contrats administratifs. Cette approche englobe, en fait, une part importante des stipulations caractéristiques des conventions de droit administratif. Elle recoupe en outre d'autres présentations qui, pour la plupart, sont également valables. Ces dernières seront rappelées après avoir égrené les clauses absentes ou rares dans les rapports de droit civil.

¹⁵⁶ V. not., CE, 15 févr. 1935, *Société française de constructions mécaniques*, Rec., p. 200 : « les accords [...] ne contiennent aucune clause ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales ». V. pour une formulation identique, CE Sect., 20 oct. 1950, *Stein*, Rec., p. 505 ; CE Sect., 29 juin 1951, *Société minière du Cap Corse*, Rec., p. 383 ; TC, 28 mars 1955, *Électricité de France c/ département des Basses-Pyrénées*, Rec., p. 615 ; TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisp*, Rec., p. 478. V. égal., pour une formulation analogue utilisée par le juge judiciaire, Cass. 1^{ère} Civ., 18 févr. 1992, *Compagnie La mondiale c/ Ville de Roubaix*, n° pourvoi 90-18826, Bull., I, n° 59, p. 40.

¹⁵⁷ V. part., B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, BJCP, 2011, pp. 64-67. Du reste, cet arrêt ne reproduit pas explicitement la formule consacrée. Peut-être est-ce là le signe d'une évolution prochaine de la formulation jurisprudentielle de la notion de clause exorbitante.

671. Un recensement de la jurisprudence récente montre que le juge tient de moins en moins compte de l'exorbitance des clauses pour qualifier les contrats¹⁵⁸. Encore important il y a quelques années, ce critère est devenu plus rare dans l'analyse juridique. Malgré cet infléchissement, on peut toutefois noter des illustrations particulièrement significatives de ce procédé de qualification. En témoigne la décision *SNC Société hôtelière guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*¹⁵⁹ puisqu'elle vise plusieurs stipulations exorbitantes au sein d'un même contrat. Le Tribunal des conflits appuie, en effet, la solution adoptée en identifiant non pas une mais plusieurs clauses de ce type. Il en va ainsi, en l'espèce, de celles qui confèrent à l'une des parties un pouvoir de contrôle¹⁶⁰ sur son cocontractant « en lui imposant des modalités d'exploitation, en se réservant [...] l'appréciation de la qualité du projet architectural ainsi que des normes et du prix des chambres de l'ensemble hôtelier [...], en garantissant un taux d'occupation des locaux, et en prévoyant des conditions de remboursement pouvant aboutir à une revente en faveur [de la partie publique] à un coût déterminé et non au prix du marché »¹⁶¹. De même, un arrêt rendu le 19 novembre 2010¹⁶² a confirmé une nouvelle fois la diversité des clauses exorbitantes. Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État a conclu à la compétence de la juridiction administrative concernant un contrat d'occupation du domaine forestier au motif que l'acte comportait trois stipulations étrangères au droit commun. Relèvent plus précisément de cette nature celles qui confèrent « un pouvoir de contrôle direct de l'ensemble des documents comptables du titulaire »¹⁶³, la possibilité « de procéder

¹⁵⁸ V. not., déjà en ce sens, Y. GAUDEMET, « Revue de jurisprudence administrative », *RDP*, 1982, p. 530 ; M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 1, p. 787.

¹⁵⁹ TC, 20 juin 2005, *SNC Société hôtelière guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*, *Rec.*, p. 663.

¹⁶⁰ V. pour une jurisprudence qui est restée représentative malgré son ancienneté, CE Sect., 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « La prospérité fermière »*, *Rec.*, p. 288. V. plus récemment, Cass. 1^{ère} Civ., 18 nov. 1992, *Commune de Pantin c/ Société de construction des 46-48, rue Victor Hugo à Pantin*, n° pourvoi 91-12621, *Bull.*, I, n° 286, p. 187 ; Cass. 1^{ère} Civ., 16 mars 1999, *Société Hôtelière Guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*, n° pourvoi 97-11329, *Bull.*, I, n° 102, p. 66 ; Cass. 3^{ème} Civ., 13 mars 2002, *Époux Haudoyer c/ Office national des forêts*, n° pourvoi 00-18218, *Bull.*, III, n° 63, p. 54 ; Cass. 3^{ème} Civ., 9 mars 2005, *Courtois c/ président du Conseil général de la Haute-Loire*, n° pourvoi 03-19385, *Bull.*, III, n° 61, p. 55 : attendu « que les articles 1 et 8 du contrat et l'annexe 1 soumettaient [le cocontractant] à des *contrôles multiples de l'administration*, tant dans la fixation d'objectifs d'exploitation des domaines que dans leurs résiliations, que la détermination d'objectifs agricoles et d'élevage rigoureux dont le contrôle de la réalisation s'effectuait par des fonctionnaires locaux et en partenariat avec un lycée agricole était également une clause exorbitante du droit commun » (nous soulignons).

¹⁶¹ TC, 20 juin 2005, *SNC Société hôtelière guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*, *Rec.*, p. 663.

¹⁶² CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, *Rec.*, (à paraître).

¹⁶³ Notons toutefois sur cette clause une divergence avec les conclusions du rapporteur public qui ne percevait pas ce contrôle comme étant caractéristique d'une clause exorbitante, B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, *BJCP*, 2011, p. 66. On peut effectivement douter que, envisagée seule, elle aurait pu suffire à emporter la qualification du contrat, v., en ce sens, P. DEVIL-

à tous travaux sur la parcelle occupée » sans compensation financière, ou encore l'obligation « au cocontractant d'observer les instructions que pourraient lui donner » les agents de l'établissement public. Dans tous ces cas, les stipulations conventionnelles sont réputées inconcevables dans des relations de droit privé. Il ne suffit donc pas qu'elles se bornent à déroger aux textes applicables. Encore faut-il que cette dérogation ne puisse être envisagée dans un contrat civil. Dans l'hypothèse inverse, le juge civil ne manque pas d'écarter la qualification de clause exorbitante du droit commun¹⁶⁴.

Au-delà de ces illustrations topiques, d'autres jurisprudences font référence à des manifestations traditionnelles de l'exorbitance des clauses d'un contrat. Tel est le cas lorsque l'on prévoit « au profit de la personne publique contractante un *pouvoir de résiliation unilatérale* du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles »¹⁶⁵. Cette prérogative classique est indépendante du comportement du cocontractant de l'administration et consacrée de longue date par la jurisprudence¹⁶⁶. Notons cependant qu'elle n'est pas toujours décisive. Tel est par exemple le cas lorsqu'elle vise un contrat relatif à l'occupation précaire et à titre gratuit d'un local appartenant au domaine privé d'une collectivité¹⁶⁷. Car le pouvoir de résiliation unilatérale correspond alors aux modalités du contrat et n'est pas caractéristique de son administrativité. De même, et sans souci d'exhaustivité, mentionnons encore les clauses qui permettent le recouvrement de créances via un état exécutoire¹⁶⁸ ou des exonérations fiscales¹⁶⁹, qui déterminent les horaires

LEERS, note sous l'arrêt CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, CMP, 2011, comm. 36. V. égal., TC, 15 mars 2010, *M. Antony A. c/ Commune de Vallon-en-Sully*, CMP, 2010, comm. 242, obs. F. Llorens.

¹⁶⁴ V. en ce sens, Cass. 3^{ème} Civ., 2 févr. 2005, *Office national des forêts c/ Limery*, n° pourvoi 03-18199, *Bull.*, III, n° 28, p. 24 ; Cass. 1^{re} Civ., 31 mars 2010, *Société BCR c/ Établissement public pour l'aménagement de la Défense*, n° pourvoi 09-10731 : « le fait qu'une clause déroge au statut des baux commerciaux en conférant un caractère précaire au droit concédé à l'occupant ne suffit pas, à lui seul, à emporter la qualification de clause exorbitante du droit commun ».

¹⁶⁵ TC, 22 oct. 2001, *Société BNP-Paribas c/ Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 749 (nous soulignons). V. aussi impl., CE, 14 oct. 2005, *Commune de Chantonnay*, req. n° 275446.

¹⁶⁶ TC, 16 janv. 1967, *Société du vélodrome du parc des princes*, *Rec.*, p. 652 ; TC, 5 juill. 1999, *Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 465. *A contrario*, rappelons qu'une clause prévoyant une résiliation de plein droit en cas de manquement par une société à l'une de ses obligations n'est pas exorbitante du droit commun, TC, 15 juin 1970, *Commune de Comblanchien c/ Société de gestion d'intérêts français*, *Rec.*, p. 889.

¹⁶⁷ CE, 12 déc. 2003, *Commune du Lamentin*, *Rec.*, p. 776.

¹⁶⁸ CE, 27 juill. 1950, *Peulabentf*, *Rec.*, p. 668.

¹⁶⁹ TC, 2 juill. 1962, *Consorts Caszantets c/ Ville de Limoges*, *Rec.*, p. 823. Notons, en revanche, que n'est pas exorbitante une clause de garantie au sein d'un contrat de prêt quand bien même les fonds proviendraient de la mise en place d'un impôt, Cass. 1^{ère} Civ., 18 févr. 1992, *Compagnie La mondiale c/ Ville de Roubaix*, n° pourvoi 90-18826, *Bull.*, I, n° 59, p. 40.

d'ouverture d'un restaurant¹⁷⁰ ou bien un tarif préférentiel pour l'accès à un service de remontées mécaniques au profit des habitants d'une commune¹⁷¹. Il n'est ainsi guère besoin d'insister pour se convaincre de l'hétérogénéité de ces stipulations. Sans oublier que ce caractère se trouve en quelque sorte accentué par la possibilité de qualifier un contrat lorsqu'il se réfère à un cahier des charges comportant une clause exorbitante¹⁷².

672. La diversité des clauses exorbitantes n'est guère étonnante puisqu'elle renvoie à la volonté – pour ne pas dire à l'inventivité – des parties. Il leur appartient, en théorie du moins, de s'accorder sur toutes les stipulations utiles pour la mise en œuvre des obligations contractuelles. Or les limites qu'elles rencontrent en matière administrative apparaissent assez faibles en raison de l'intérêt général qui anime l'opération conventionnelle et justifie, le cas échéant, des manifestations de puissance publique¹⁷³. Cela laisse aux parties la possibilité d'introduire des énoncés inhabituels, ou même inconcevables, dans les relations privées¹⁷⁴. Cette faculté explique du reste que la doctrine présente classiquement le critère de l'exorbitance des clauses comme d'essence plus subjective que celui de l'objet de la convention. Parmi de nombreux exemples, on peut citer les propos de Jean de Soto : « la présence de clauses exorbitantes du droit commun, c'est essentiellement la preuve de la volonté commune des parties de soumettre leurs rapports contractuels à un régime juridique différent du droit commun des contrats, et le juge en déduit la possibilité d'appliquer d'autres règles exorbitantes du droit commun »¹⁷⁵. Ce constat n'empêche pas un au-

¹⁷⁰ TC, 7 juill. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne c/ Syndicat intercommunal de la mise en valeur des communes de Lanslebourg et Lanslevillard*, Rec., p. 509.

¹⁷¹ TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisp*, Rec., p. 478.

¹⁷² TC, 5 juill. 1999, *Union des groupements d'achats publics*, Rec., p. 465. V. égal., pour une application du juge civil, Cass. 1^{ère} Civ., 22 janv. 1991, *Les Houillères du bassin du Nord et du Pas de Calais c/ SARL Sager*, n° pourvoi 89-19696 ; Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 2006, *Société Établissement Pasquereau c/ SNCF*, n° pourvoi 04-16186.

¹⁷³ V. déjà, sur le rattachement des clauses exorbitantes à la puissance publique, F. SANLAVILLE, « Des contrats passés en la forme administrative. Authenticité, compétence », *RGA*, 1892, p. 136 ; v. surtout, G. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527 et s. V. plus récemment, une approche du contrat administratif comme celui caractérisé par la puissance publique, G. ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), p. 194 et s.

¹⁷⁴ On a souligné le lien entre la définition de la clause exorbitante et la réalisation prioritaire de l'intérêt général, v. Ch. FARDET, « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115.

¹⁷⁵ J. de SOTO, « Les fonctionnaires contractuels », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 501. V. égal., P. AMSELEK, « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », *RA*, 1973, p. 639 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 551 ; C. CHARLERY, « Réflexion sur la notion de clause exorbitante du droit commun », *LPA*, 1998 (n° 41), p. 6 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 352 et s. ; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, « chronique géné-

teur d'affirmer que la notion de clause exorbitante a connu une objectivation et qu'elle peut dorénavant se définir comme « celle qui est insusceptible de figurer dans un contrat de droit privé, comme *une clause impossible dans un contrat entre personnes privées* »¹⁷⁶. Sans discuter la justesse de cette observation, il faut admettre que le critère de la clause accorde cependant un rôle plus important à la volonté des parties en comparaison du critère du service public. Cela ne revient pas à dire que l'intention des parties suffirait à qualifier le contrat puisque le juge peut en tenir compte mais a également la faculté de l'écartier¹⁷⁷. Plus modestement, il s'agit de mettre en valeur la volonté des parties dans l'insertion de telle ou telle clause juridique, ou dans l'assujettissement à des règles contenues dans un document externe. On doit le rappeler ici pour mieux comprendre l'hétérogénéité des stipulations propres aux contrats administratifs.

673. Si la diversité des clauses exorbitantes du droit commun peut ainsi trouver une explication convenable, elle aboutit néanmoins à plusieurs difficultés. En particulier, les présentations doctrinales adoptent, en conséquence, des éléments d'identification assez différents. Selon les écrits, les auteurs se réfèrent au caractère « impossible », « anormal »¹⁷⁸, « inusuel »¹⁷⁹, « inhabituel »¹⁸⁰ ou encore « illicite »¹⁸¹ de la clause au sein de rapports de droit privé. Sans doute ces approches se recourent-elles pour une large part, elles renvoient les unes aux autres. Mais aucune n'opère une synthèse vraiment satisfaisante. Et ces divergences contribuent assurément à rendre confuse la compréhension de l'état du droit. Toutefois, elles sont peu préoccupantes en elles-mêmes dès lors que chacune des approches visées est valable en théorie. Il convient, à cet égard, de souligner que la référence à l'illicéité est assez discutable pour définir la clause exorbitante. Tout d'abord, il n'est pas souhaitable

rale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1999, p. 559 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 189 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 23^{ème} éd., 2010, pp. 434-435.

¹⁷⁶ J. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 512. V. pour une présentation d'un fondement double à la fois subjectif et objectif, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 211-213.

¹⁷⁷ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 186-189. V. aussi, M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, vol. 1, pp. 793-794.

¹⁷⁸ On se réfère alors souvent à une décision du Tribunal des conflits, TC, 19 juin 1952, *Société des combustibles et carburants nationaux*, *Rec.*, p. 628.

¹⁷⁹ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, pp. 463-464.

¹⁸⁰ J.-M. de FORGES, *Droit administratif*, PUF, coll. « Premier cycle », 6^{ème} éd., 2002, p. 33.

¹⁸¹ V. not., Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 681.

d'intégrer des éléments ressortant de la légalité de l'acte au stade de sa qualification pour déterminer la compétence juridictionnelle. Ensuite, cela oblige nécessairement à préjuger de la décision du juge judiciaire. C'est-à-dire qu'il incombe au juge administratif de dire le droit comme l'aurait dit son homologue. Car il revient, en théorie, au seul juge du contrat privé de se prononcer sur la licéité d'une stipulation en cette hypothèse. Or si le juge administratif peut s'appuyer sur un certain nombre de jurisprudences constantes, il n'est pas inenvisageable que des évolutions interviennent : une clause illicite hier pourrait ne plus l'être demain. Tout ceci comporte donc une part d'aléa. Enfin, cette approche est imparfaite en ce qu'elle n'englobe qu'une quantité limitée de clauses exorbitantes¹⁸².

674. Une fois ces nuances considérées, une difficulté persiste néanmoins quelle que soit la définition retenue. Elle provient de la tentation de renvoyer systématiquement aux pratiques du droit privé pour définir la clause exorbitante¹⁸³. En définitive, cette dernière résulterait moins alors d'éléments positifs que d'une perception négative. Autrement dit, on pourrait affirmer que ces stipulations sont, avant toute chose, exclues des contrats privés et estimer qu'elles ne sont pas proprement caractéristiques des conventions administratives¹⁸⁴. L'analyse du juge donne parfois cette impression. Elle est, ici encore, très pragmatique¹⁸⁵ et soumise aux évolutions des pratiques rencontrées au sein des relations privées. Il s'ensuit que la clause exorbitante demeure encore « largement insaisissable »¹⁸⁶. Et l'on comprend qu'un membre du Conseil d'État y voit pour sa part « un critère dont le maniement peut se révéler délicat »¹⁸⁷. Aussi, il serait peut-être souhaitable de recentrer la définition des clauses exorbitantes en s'appuyant sur l'idée de puissance publique.

¹⁸² V. not., en ce sens, G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 390 ; M. WALINE, note sous l'arrêt CE Ass., 26 févr. 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, RDP, 1965, p. 1175 et s.

¹⁸³ C. CHARLERY, « Réflexion sur la notion de clause exorbitante du droit commun », *LPA*, 1998 (n° 41), pp. 6-8. Ce constat n'est pas sans rappeler d'ailleurs les difficultés d'une définition du droit administratif lui-même, v. J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », RDP, 1953, p. 279.

¹⁸⁴ Et ce, alors que l'on a montré la liaison entre la notion de clause exorbitante et la réalisation prioritaire de l'intérêt général, v. Ch. FARDET, « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115 et s.

¹⁸⁵ V. not., G. PELLISSIER, note sous l'arrêt TC, 6 juill. 2009, *Société coopérative agricole Agrial c/ ONIGC*, *RJEP*, 2010, comm. 2.

¹⁸⁶ O. FÉVROT, note sous l'arrêt CE, Sect., 28 déc. 2009, *Société Brasserie du théâtre*, *AJDA*, 2010, p. 846. V. auparavant, F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif*, Dalloz, 1968, p. 597 et s. ; v. aussi, N. DANTONEL-COR, « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages », *JCPA*, 2008 (n° 9), étude 2047, pp. 21-23.

¹⁸⁷ B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, *BJCP*, 2011, p. 65. V. auparavant, F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, « chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1999, pp. 556-557.

Mais une telle systématisation aurait pour effet de soustraire, de façon inopportune, certains actes à la compétence du juge administratif¹⁸⁸. Au demeurant, le rattachement à la puissance publique n'est pas indispensable ici pour conclure à l'absence des clauses exorbitantes au sein des conventions d'administration.

b) Des clauses absentes des conventions d'administration

675. Il est très improbable que des conventions d'administration contiennent des clauses exorbitantes, telles qu'elles viennent d'être envisagées, et puissent ainsi être analysées comme des actes administratifs. Cette affirmation s'appuie sur les éléments matériels qui caractérisent ces actes. En effet, on peut estimer sans hésitation que la nature directive des stipulations conventionnelles exclut par elle-même l'idée d'exorbitance. Le fait pour les parties de fixer des objectifs, d'envisager des projets, ou de préparer des mesures paraît bien éloigné d'énoncés dont l'existence serait inconcevable au sein des relations privées. D'une manière générale, rien ne s'oppose d'ailleurs à l'insertion de clauses directives dans les conventions privées. Aussi paraît-il vain de chercher à qualifier les conventions d'administration au moyen de leurs clauses puisque ces dernières ne sont pas inenvisageables en droit commun. À l'inverse, on peut même supposer que toute stipulation exorbitante est inconcevable dans les conventions d'administration. Il faut tout d'abord s'assurer de cette implication et envisager ensuite la possibilité que ces actes se réfèrent à un document qui comporterait une clause exorbitante.

676. En premier lieu, les conventions d'administration sont des actes juridiques dont les stipulations ne renferment théoriquement aucun énoncé impératif¹⁸⁹. Dès lors que cette prémisse est acceptée, il n'est pas difficile d'en déduire que ces procédés ne sauraient comporter des clauses exorbitantes du droit commun. En effet, les développements précédents montrent que l'exorbitance suppose toujours l'impérativité : une clause figure dans cette catégorie précisément parce qu'elle *ordonne* certaines conditions d'exploitation¹⁹⁰, *permet* l'exercice d'un contrôle approfondi¹⁹¹, ou encore *habilite* la partie publique à résilier unilatéralement le contrat sans

¹⁸⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 222.

¹⁸⁹ V. sur l'acception large retenue dans la présente étude, D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, pp. 174-218 ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad., O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 125-132.

¹⁹⁰ TC, 20 juin 2005, *SNC Société hôtelière guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*, Rec., p. 663.

¹⁹¹ CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, Rec., (à paraître).

manquement de la part de son cocontractant¹⁹². Ainsi, au-delà de leur caractère exorbitant, toutes ces propositions ont en commun d'être des normes juridiques en ce que leur teneur est impérative. Il s'avère par suite illusoire d'envisager des clauses exorbitantes dont le contenu ne serait que directif. Or tel est bien la nature des stipulations qui structurent les conventions d'administration. En témoignent les divers objectifs prévus par une « convention de partenariat » signée entre la HALDE et le ministère de la défense¹⁹³, par les différentes conventions d'objectifs et de moyens conclues entre l'État et certains établissements publics¹⁹⁴, ou encore par les contrats locaux de sécurité¹⁹⁵. Dans tous ces procédés, on chercherait vainement des propositions normatives. Une brève investigation suffit dès lors à se convaincre du profond antagonisme entre les conventions d'administration et les clauses exorbitantes. Sauf à méconnaître la nature de ces actes – en identifiant une clause contractuelle au sein d'une convention d'administration – il paraît impossible d'y repérer ne serait-ce qu'une seule stipulation exorbitante.

En pratique, les conventions d'administration suggèrent, à l'instar d'autres actions administratives informelles, que « l'administration [...] se dépouille de son uniforme »¹⁹⁶. Celle-ci « relègue – pour ne les utiliser qu'en dernier recours – les procédés exorbitants d'autorité dont la dote la Constitution. Elle se présente comme un partenaire, au plus un pédagogue, qui veut faire comprendre, convaincre et non plus commander »¹⁹⁷. Cette implication corrobore l'infime probabilité de trouver au sein des conventions d'administration des clauses exorbitantes. À l'évidence, de telles manifestations sont inconcevables s'agissant de procédés dont la finalité réside avant

¹⁹² TC, 22 oct. 2001, *Société BNP-Paribas c/ Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 749.

¹⁹³ V. la convention de partenariat entre la HALDE et le ministère de la défense, signée le 3 mai 2007 (document consulté sur le site www.halde.fr).

¹⁹⁴ V. not., le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014 ; le contrat d'objectifs et de moyens conclu par les deux ministres de tutelle et la présidente directrice générale de l'Institut national de la recherche agronomique le 3 octobre 2006 entre l'État et l'INRA pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.inra.fr) ; le contrat d'objectifs conclu le 5 septembre 2006 entre l'État et l'Institut national de l'environnement industriel et des risques pour une période allant de 2006 à 2010 (document consulté sur le site www.ineris.fr) ; le contrat d'objectifs conclu le 5 juillet 2006 entre l'État et le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.cea.fr).

¹⁹⁵ V. part., le contrat local de sécurité signé le 17 juill. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.nice.fr).

¹⁹⁶ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, p. 648.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 648

tout dans le dialogue qu'ils établissent entre les parties. On peut estimer que cette spécificité est censée exclure toute expression de la contrainte publique.

677. En second lieu, il paraît tout aussi douteux qu'une convention d'administration renvoie à un document qui comporterait une clause exorbitante. Une telle référence est pourtant possible d'un point de vue théorique. De la même manière que le juge administratif qualifie indirectement certains contrats se référant à un cahier des clauses administratives¹⁹⁸, on pourrait envisager qu'une simple convention revête un genre administratif en suivant un raisonnement similaire. Toutefois, une pareille hypothèse est peu probable pour deux motifs principaux. D'une part, la nature directive de ces procédés conventionnels semble peu compatible avec le renvoi à des stipulations exorbitantes. Pas plus qu'elle ne saurait contenir de telles clauses, elle ne saurait y renvoyer. D'autre part et surtout, l'absence de textes de référence généraux couvrant les diverses conventions d'administration rend, pour l'instant, cette éventualité irréalisable en pratique. Les circonstances sont très différentes de celles qui gouvernent notamment la conception des marchés. Contrairement à ces derniers, la passation des conventions d'administration demeurent encore largement informelle. Elle répond à des exigences pragmatiques et appelle souvent des procédures d'élaboration souples. Dès lors, bien qu'il soit possible de souligner un certain nombre de constantes¹⁹⁹, celles-ci sont encore loin d'atteindre le degré de formalisme des marchés. Cela n'est d'ailleurs sans doute pas souhaitable. En outre, admettre la possibilité qu'une convention renvoie à un document comportant une clause exorbitante reviendrait à y intégrer ces énoncés impératifs²⁰⁰. La nature de l'acte conventionnel serait par là même affectée. En cette hypothèse, il faudrait vraisemblablement soumettre ladite clause aux règles applicables aux stipulations contractuelles, voire le procédé dans son entier à un régime contractuel.

678. Certaines clauses inconcevables dans les contrats privés ne semblent pas non plus envisageables au sein des conventions d'administration. Les justifications de ces exclusions sont certes différentes dans ces deux situations, néanmoins le résultat obtenu est bien le même. Les conclusions auxquelles on aboutit sont tout aussi radicales : comme pour les conventions d'administration, ce premier groupe de clauses exorbitantes apparaît franchement éloigné de la conception qui dirige les re-

¹⁹⁸ TC, 5 juill. 1999, *Union des groupements d'achats publics*, Rec., p. 465.

¹⁹⁹ V. not., sur un certain nombre de similitudes entre les contrats de projets, *supra*, n° 80 et s.

²⁰⁰ V. not., sur la technique d'intégration des clauses à propos des marchés publics, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 675 et s.

lations de droit privé. Tel n'est pas le cas, en revanche, des clauses introduisant une inégalité particulière entre les parties.

§2. Les clauses inégalitaires entre les parties

679. La doctrine se réfère souvent à une seconde signification, téléologique celle-ci, de la notion de clause exorbitante. Les auteurs insistent alors sur l'idée que sa spécificité réside dans son but parce qu'elle traduit une situation inégalitaire. Plus justement, il s'agit de relier certaines stipulations à la présence de parties poursuivant des intérêts d'inégale valeur. Dès lors que des enjeux supérieurs président à l'action de l'un des auteurs de l'acte, on peut en effet concevoir que celui-ci puisse bénéficier d'une situation privilégiée et disposer ainsi de pouvoirs particuliers. Cette conséquence, parfaitement ordinaire s'agissant des contrats administratifs (a), est au contraire improbable dans le cadre d'une convention d'administration (b).

a) Des clauses ordinaires au sein des contrats administratifs

680. D'emblée, une réserve doit être émise concernant le découpage adopté dans ces développements : les stipulations qui traduisent l'inégalité des intérêts en présence sont aussi, la plupart du temps, des clauses inconcevables en droit privé. On pourrait dès lors contester toute présentation consistant à ordonner les clauses exorbitantes selon qu'elles renvoient à des énoncés impensables en droit privé ou bien à une situation déséquilibrée. Toutefois, ces deux approches ne se recoupent pas dans la mesure où il est possible que des clauses inégalitaires existent dans le cadre de relations privées. Là se trouve d'ailleurs une seconde réserve puisque la présence, de plus en plus remarquée, de telles clauses au sein des contrats civils rend moins efficace cet élément de définition. Pour autant, la doctrine s'y réfère fréquemment afin de cerner la notion de clause exorbitante. Dans la perspective d'une application aux conventions d'administration, il paraît donc nécessaire de l'envisager. Il semble qu'elle conserve une certaine utilité dès lors que l'on en précise la signification et nuance la pertinence.

681. En premier lieu, il n'est pas superflu de rappeler ce que vise la doctrine en envisageant les clauses exorbitantes comme celles revêtant une nature inégalitaire. D'une façon générale, elle utilise souvent un raccourci en évoquant les « clauses inégalitaires »²⁰¹. Mais, plus exactement, une stipulation exorbitante témoigne bien de

²⁰¹ V. par ex., J.-B. AUBY et G.-H. HUBRECHT, note sous la décision TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, D., 1984, jur., p. 34.

l'inégalité des intérêts en cause et de la volonté des parties de se soumettre à un régime de droit public²⁰². De sorte que la perspective adoptée ici est d'ordre téléologique. Il s'agit de mettre en relation les moyens exorbitants avec la finalité d'intérêt général qui gouverne l'action de l'une des parties au moins. La présence de ces clauses trouve ainsi une justification profonde dans la prééminence du but poursuivi par l'un des cocontractants. Il n'est donc guère surprenant que cette vue soit ancrée dans la littérature juridique. En ce sens, René Rivet affirmait, dès 1924, que la clause exorbitante était celle que « des considérations pressantes d'intérêt général, étrangères aux rapports de particuliers à particuliers, ont pu inspirer »²⁰³. Cette affirmation montre combien le rattachement de la notion de clause exorbitante à l'inégalité des intérêts poursuivis renvoie à une conception ancienne dont l'utilité ne s'est jusqu'alors pas démentie. Ainsi, de nombreuses stipulations peuvent y trouver une explication. Il suffit de songer aux clauses habilitant la partie publique à contrôler les résultats financiers du cocontractant²⁰⁴ et, surtout, à celles qui permettent la résiliation unilatérale de l'acte sans manquement du cocontractant à ses obligations²⁰⁵.

682. En second lieu, cette acception de la clause exorbitante ne doit pas dissimuler que certaines stipulations des contrats privés traduisent également des rapports inégalitaires. S'il se vérifie, un tel constat pourrait sans doute affaiblir la pertinence des développements précédents. Or un membre du Conseil d'État reconnaît à ce propos que « le droit public n'a pas le monopole des contrats fondés sur l'inégalité des droits des cocontractants. On en trouve en droit privé, qu'il s'agisse de contrats d'adhésion ou de contrats passés entre firmes de dimensions inégales »²⁰⁶. Pour preuve, selon le Tribunal des conflits, ne contient aucune clause exorbitante du droit commun la convention d'occupation temporaire du domaine privé d'une

²⁰² Ph. LAGRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA*, 2000, chron. 6, p. 9.

²⁰³ R. RIVET, concl. sur l'arrêt CE, 23 mai 1924, *Société des affréteurs réunis*, *D.*, 1924, III, p. 28.

²⁰⁴ CE Ass., 26 févr. 1965, *Société Vélo-drome du Parc des Princes*, *Rec.*, p. 132.

²⁰⁵ V. not., TC, 16 janv. 1967, *Société du vélodrome du parc des princes*, *Rec.*, p. 652 ; TC, 5 juill. 1999, *Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 465 ; TC, 22 oct. 2001, *Société BNP-Paribas c/ Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 749 (nous soulignons).

²⁰⁶ M. LONG, concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, *AJDA*, 1956, jur., p. 248 ; v. aussi, B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, *BJCP*, 2011, pp. 64-67. V. quelques exemples de la riche littérature civiliste sur cette question, D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, coll. « BDPPr », t. 320, 1999 ; J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, coll. « BDPPr », t. 261, 1996 ; cela doit être mis en relation avec la théorie des clauses abusives, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 337, 2000. V. aussi, pour une approche plus économique, J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 190, 1986.

commune dont un article autorise pourtant le propriétaire à « reprendre la jouissance de l'immeuble à tout moment et pour tout motif, sans indemnité, sous réserve d'un préavis d'un mois » et dont une autre stipulation prévoit que « le preneur renonce à tout recours contre la communauté urbaine pour quelque cause que ce soit »²⁰⁷. N'est-ce pas là le signe flagrant d'une relation déséquilibrée ? Ce litige fournit ainsi une illustration probante de l'existence de conventions privées dont les clauses révèlent une situation inégalitaire entre les parties. Cette idée est amplement relayée par la littérature civiliste. Elle est même parfois utilisée comme un argument pour critiquer la notion de clause exorbitante. En ce sens, des auteurs affirment que « la reconnaissance d'un postulat d'inégalité entre partenaires, et dont l'exorbitance se proclamait l'expression, n'est plus l'apanage des contrats publics sinon administratifs »²⁰⁸. La progression des techniques unilatérales au sein des contrats privés est du reste le signe manifeste d'un déséquilibre désormais assumé par les acteurs du droit²⁰⁹.

683. Ce constat ne soulève guère de difficulté. Il est suffisamment admis pour qu'il ne soit pas nécessaire de le décrire davantage. Sont, en revanche, sujettes à discussion certaines analyses sur l'évolution des clauses traduisant une inégalité. Tout d'abord, il s'agit autant d'une modification des pratiques contractuelles que d'une relativisation des dogmes de l'autonomie de la volonté et de l'égalité des parties²¹⁰. Dans cette mesure, on ne saurait inférer de l'augmentation des clauses inégalitaires en droit privé que la notion de clause exorbitante deviendrait superfétatoire en pratique. Sans doute existait-il, dès l'origine, des imperfections dans la construction de ce critère. Mais des approches trop radicales des droits administratifs et privés ont longtemps permis de les ignorer. Tel n'est plus le cas désormais. Les approches contemporaines des contrats privés accordent toute leur place aux inégalités sur lesquelles repose la signature de certaines conventions. Elles en tiennent compte et tentent d'y appliquer des traitements adaptés. Par là même, le juge judiciaire comme la doctrine sont plus enclins à tolérer des clauses inégalitaires. Cela affaiblit de toute

²⁰⁷ TC, 20 févr. 2008, *M. et Mme A. c/ Communauté urbaine de Lyon*, req. n° C3623.

²⁰⁸ M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, vol. 1, p. 791. V. aussi, J. MESTRE, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} Civ., 18 févr. 1992, *Compagnie La mondiale c/ Ville de Roubaix*, RTDciv., 1993, pp. 113-115.

²⁰⁹ V. not., Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, colloque Lille II et Paris XII, 1998, Economica, coll. « Études juridiques », 1999. v. aussi, pour une approche plus économique, J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 190, 1986.

²¹⁰ V. not., H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, pp. 64-66.

évidence le critère de la clause exorbitante puisqu'il est moins discriminant. Pour autant, rien n'indique une disparition prochaine de cette modalité de qualification. Des changements tenant à la conception des contrats privés en affectent simplement l'utilité. Ensuite, il ne faut surtout pas négliger le fait que l'inégalité reste un principe essentiel, lié à l'intérêt général, pour les contrats administratifs tandis qu'elle est seulement l'exception dans les relations privées²¹¹. Selon le droit considéré, sa place n'est donc pas identique. Aussi ne faut-il pas confondre toutes ces manifestations d'inégalité contractuelle. Certaines sont inhérentes aux buts assignés à l'action administrative, d'autres sont le résultat banal de rapports de force, souvent d'ordre économique. Leurs fondements sont donc distincts. Dès lors, il est discutable d'assimiler toutes les clauses inégalitaires alors même qu'elles se situent dans des contextes différents. Enfin, la présence de telles clauses dans les contrats privés n'oblige pas à redéfinir les contours de la notion de clause exorbitante. C'est pourtant là une déduction tentante. Des auteurs privatistes portent ainsi un regard dubitatif sur ce critère et en circonscrivent les effets en prévoyant ceci : « le recours à la clause exorbitante devra être strictement justifié par des considérations relevant de la mission propre de la collectivité publique, sinon par des considérations d'intérêt général, sous peine de fraude »²¹². Cette opinion est acceptable dans son principe mais n'est pas sans inconvénients. D'un côté, elle peut apparaître trop vague, puisqu'elle renvoie à l'intérêt général, et manquer le but recherché par ces auteurs. Comme un auteur l'a suggéré, recourir à l'intérêt général permet une revalorisation de la notion de clause exorbitante et non sa réduction²¹³. D'un autre côté, elle peut être discutée en ce qu'elle rapproche les deux critères alternatifs²¹⁴. Relier la clause exorbitante à l'intérêt général, c'est risquer *in fine* de rendre son maniement plus délicat encore et inciter le juge à lui préférer systématiquement le critère du service public. Cela pourrait conduire alors à abandonner en pratique la clause exorbitante. Pour toutes ces raisons, il convient de faire preuve de prudence et adopter une interprétation plus nuancée du droit positif. Une théorisation rigoureuse de cette notion paraît vaine, son utilisation requiert une analyse pointilliste.

²¹¹ V. not., M. LONG, concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, *AJDA*, 1956, jur., p. 248..

²¹² M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 1, p. 794.

²¹³ V. en ce sens, Ch. FARDET, « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115 et s.

²¹⁴ J. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, pp. 517-518.

684. La présence de clauses inégalitaires au sein des contrats privés n'est pas sans incidences pour saisir la notion de clause exorbitante. Néanmoins, il semble très exagéré de voir dans cette évolution une remise en cause profonde de ce critère. Il est certes affaibli mais perdure. Les rapprochements entre les droits administratif et privé invitent, en revanche, à plus de vigilance dans l'identification des clauses exorbitantes. On le constate, la nature de certains énoncés importe moins que le déséquilibre qu'ils consacrent entre les parties. Bon nombre de stipulations sont ainsi possibles au sein des relations privées mais ne traduisent pas une quelconque asymétrie²¹⁵. Il faut en déduire que seules des inégalités caractéristiques, donc vraisemblablement fortes, doivent permettre de qualifier un contrat administratif. En ce sens, un auteur écrit justement que « si le pouvoir de contrôle peut apparaître comme un élément déterminant du caractère administratif d'un contrat, il ne l'est qu'en ce que, par son intensité, il témoigne de la puissance publique dans le contrat »²¹⁶. Cette acception du critère de la clause exorbitante voit donc ses effets se réduire et ne trouve pas à s'appliquer à propos des conventions d'administration.

b) Des clauses improbables au sein des conventions d'administration

685. Alors qu'elles sont ordinaires au sein des contrats administratifs et fréquentes dans les relations de droit privé, les clauses inégalitaires sont improbables s'agissant des conventions d'administration. Cette affirmation n'est pas surprenante puisqu'elle rend compte, une fois encore, des spécificités attachées à ces procédés. Nul n'est besoin d'insister beaucoup pour se convaincre de l'incompatibilité entre ces éléments exorbitants et les conventions d'administration. Il suffit d'énoncer trois arguments principaux tenant respectivement à la nature de ces actes, à leurs fonctions et à leurs parties. Chacun de ces éléments apporte une justification à l'absence de stipulation traduisant une situation inégalitaire, et donc à celle de clause exorbitante du droit commun.

686. Premièrement, la nature directive des stipulations ne favorise pas, *a priori*, la concrétisation d'une situation inégalitaire. Le recours à cette méthode d'administration trouve un fondement dans la recherche de l'adhésion des parties à une ligne de conduite. En prévoyant un certain nombre d'objectifs, il s'agit précisé-

²¹⁵ G. ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), pp. 199-201.

²¹⁶ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 1004.

ment d'abandonner les moyens traditionnels de la contrainte. Dès lors, les conventions d'administration ne sauraient comporter des énoncés manifestant l'autorité ou le contrôle de l'une des parties sur l'autre. De telles propositions sont, par essence, bannies de ces actes. Ces derniers ont vocation à orienter les agissements des parties et non à leur imposer un comportement donné. Pour ces raisons, il est hautement improbable que les clauses des conventions d'administration puissent contenir des clauses traduisant une situation d'inégalité. Admettre cela ne revient pas cependant à dire que l'équilibre soit parfait entre les parties. D'un point de vue réaliste, il existe nécessairement des rapports de force entre les signataires qui influent tant sur la conclusion de l'acte que sur son exécution. Mais cette situation ne se manifeste pas au sein même des conventions d'administration par l'insertion de clauses exorbitantes.

687. Deuxièmement, les fonctions de ces procédés conventionnels n'incitent pas non plus à y inclure des stipulations inégalitaires. En effet, d'une façon générale, la passation d'une convention d'administration vise à établir une collaboration entre des acteurs juridiques. Il s'agit d'organiser des actions réciproques afin d'aboutir à des objectifs donnés. Cette fonction générique laisse à penser que des clauses exorbitantes ne peuvent y trouver leur place. En témoignent particulièrement les contrats locaux de sécurité dans la mesure où les signataires – c'est-à-dire un maire, un préfet, un procureur de la République, un président de Conseil général, un inspecteur d'académie ou encore des responsables d'organismes privés – sont décrits comme de véritables partenaires²¹⁷. Au-delà de leurs statuts respectifs, les parties sont réputées être placées dans une égale situation. Cet aspect est tout à fait frappant pour de nombreuses autres conventions d'administration et semble particulièrement respecté en raison de la faible intensité des stipulations.

688. Troisièmement, les conventions d'administration étant très souvent signées entre personnes publiques, il est moins probable que se manifeste de façon ostensible une situation inégalitaire. Cette affirmation se vérifie en particulier s'agissant des actes conclus entre collectivités territoriales de même nature. Mais elle trouve même, selon certains auteurs, des expressions lorsque le procédé engage l'État et des régions, comme en attestent les anciens contrats de plan²¹⁸. À cet égard,

²¹⁷ V. not., la circulaire du 4 déc. 2006 relative à la politique de prévention de la délinquance et à la préparation des contrats locaux de sécurité de nouvelle génération (document consulté sur le site : www.circulaires.gouv.fr).

²¹⁸ V. not., J.-M. PONTIER, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *RA*, 1994, p. 163 ; J.-M. PONTIER, note sous l'arrêt CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *JCP A*, 2008, com. 2050, p. 33. V.

M. Moderne relève que « l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la planification soulignait même que la loi entendait maintenir une stricte égalité entre les parties contractantes »²¹⁹. On le voit, il s'agit d'une égalité d'ordre théorique²²⁰ dans la mesure où elle est supposée par les textes. Toutefois, les conventions entre personnes publiques ne chassent pas nécessairement tout déséquilibre entre les parties. Il arrive ainsi que la passation d'une convention s'inscrive dans une position de dépendance de l'un des sujets envers l'autre. Elle peut être financière, par exemple, ou s'analyser comme un véritable lien de subordination ainsi que l'illustrent plusieurs contrats d'objectifs et de moyens²²¹. Le fait que les conventions d'administration impliquent souvent des personnes publiques ne rend donc pas impossible une situation inégalitaire. En revanche, cela s'avère moins plausible que pour des contrats entre des parties publiques et privées.

689. Cette présentation serait incomplète si n'était pas mentionnée enfin la possibilité d'inclure au sein des conventions d'administration des clauses de contrôle ou de suivi. Il s'agit d'une faculté peu fréquemment exercée par les parties. On peut cependant mentionner, en guise d'illustration, le contrat de service public signé entre l'État et La Poste pour la période de 2008 à 2012²²². Son article 3 prévoit qu'une autorité administrative dépourvue de la personnalité morale – l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes – est chargée de suivre la réalisation des objectifs fixés à l'entreprise. Cette habilitation est assez originale puisque l'autorité investie du suivi n'a pas signé la convention. Il s'agit bien toutefois d'une entité relevant de l'État. Quoi qu'il en soit, la présence de clauses de suivi ou de con-

toutefois un point de vue réaliste, *contra*, D. BROUSSOLLE, « Conventions entre personnes publiques et décentralisation », *AJDA*, 1989, pp. 753-754 ; J. MOREAU, « Les contrats de plan État-régions, technique nouvelle d'aménagement du territoire ? », *AJDA*, 1989, p. 739.

²¹⁹ F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 16.

²²⁰ É. FATÔME et J. MOREAU, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 142.

²²¹ V. not., le contrat d'objectifs et de moyens conclu le 29 juillet 2010 entre l'État et l'Institut national de l'audiovisuel pour une période allant de 2010 à 2014 ; le contrat d'objectifs et de moyens conclu par les deux ministres de tutelle et la présidente directrice générale de l'Institut national de la recherche agronomique le 3 octobre 2006 entre l'État et l'INRA pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.inra.fr) ; le contrat d'objectifs conclu le 5 septembre 2006 entre l'État et l'Institut national de l'environnement industriel et des risques pour une période allant de 2006 à 2010 (document consulté sur le site www.ineris.fr) ; le contrat d'objectifs conclu le 5 juillet 2006 entre l'État et le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives pour une période allant de 2006 à 2009 (document consulté sur le site www.cea.fr).

²²² Contrat de service public entre La Poste et l'État pour une période allant de 2008 à 2012 (document consulté sur le site www.laposte.fr).

trôle n'affecte pas vraiment l'incompatibilité entre les clauses inégalitaires et les conventions d'administration. Car lesdites stipulations diffèrent de celles que l'on trouve dans les contrats et traduisent deux hypothèses. Soit elles procèdent à un simple rappel : ce n'est pas alors la convention qui attribue le pouvoir mais un autre texte. Cela vise particulièrement les relations entre une collectivité publique et un organisme soumis à sa tutelle. Soit les clauses de contrôle ou de suivi confient cette tâche aux deux parties ou à une entité *ad hoc*. Cette modalité se rencontre souvent et paraît très appropriée aux spécificités des conventions d'administration puisqu'elle ne crée aucune inégalité entre les signataires. On le constate, les clauses exorbitantes paraissent bien improbables dans le cadre de ces procédés conventionnels. Elles ne sauraient, par conséquent, fournir un critère adéquat pour déterminer le genre de ces actes. Il n'en va pas de même du critère relatif à l'objet d'une convention.

Sous-section 2 : La satisfaction du critère relatif à l'objet d'une convention

690. Ainsi que le soulignait dès 1974 M. Weil, le critère du service public s'est révélé « plus complexe et plus explosif qu'on ne le pensait : plus complexe, parce qu'il recouvre en réalité deux idées différentes, celle de l'exécution du service public par le cocontractant et celle, moins précise et donc plus large, de contrat constituant une modalité d'exécution du service public ; plus explosif aussi car, dans sa seconde variante surtout, le critère recélait un dynamisme interne que le Conseil d'État a eu quelque mal à freiner »²²³. Cette opinion n'a pas été démentie par les jurisprudences postérieures qui ont, bien au contraire, amplifié les difficultés posées. D'une part, elles ont confirmé l'attractivité du critère du service public. D'autre part et surtout, elles lui ont ajouté de nouvelles ramifications qui ont contribué à rendre plus aisée la qualification des conventions administratives. Il est ainsi possible de percevoir, dans le cadre de cette étude²²⁴, trois modalités distinctes mais toutes rattachées au critère finaliste : le contrat peut être administratif parce qu'il constitue un moyen de conférer (§1), d'exécuter (§2) ou d'organiser (§3) une mission de service public. S'il faut se méfier des variations tenant à la formulation de ces critères, on peut néanmoins uti-

²²³ P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, pp. 832-833.

²²⁴ Ne seront pas envisagées ici les jurisprudences relatives à la participation des agents au service public dans la mesure où il s'agit d'hypothèses très éloignées des enjeux conduisant à la signature de conventions d'administration. V. not., sur cette question, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 199-204.

liser ce découpage afin d'évaluer la pertinence de chacune de ces modalités pour la qualification des conventions d'administration. Cette vérification est d'autant plus justifiée que le critère de l'objet est volontiers sollicité par le juge.

§1. Un moyen de conférer une mission de service public

691. Le contrat est un moyen traditionnel pour conférer une mission de service public à un organisme²²⁵. Par suite, il n'est guère étonnant que l'élément objectif joue dans plusieurs situations afin de déterminer l'administrativité d'un acte contractuel (a). En revanche, la qualification des conventions d'administration ne saurait être acquise en se reportant à cette signification du critère du service public (b).

a) Un objet propice aux contrats administratifs

692. Si un objet se prête tout particulièrement aux contrats administratifs, il s'agit bien de l'octroi d'une mission de service public. La jurisprudence prévoit d'ailleurs que les collectivités responsables d'une telle mission « peuvent [...] décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur [...] un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service »²²⁶. L'acte conventionnel apparaît donc comme le procédé privilégié pour attribuer une mission d'intérêt général. Le juge administratif a même posé en principe cardinal sa conclusion dans cette hypothèse. Or la nécessité de confier à des entités, le plus souvent privées, de nombreux services publics favorise la signature de contrats. Et le critère de l'objet trouve en conséquence à s'appliquer fréquemment pour qualifier ces actes. À cette observation liminaire, il faut ajouter que le juge a contribué à la valorisation de ce critère en adoptant des interprétations larges.

Depuis plusieurs décennies, le critère de l'octroi d'une mission de service public a en effet subi une double évolution dans le sens de l'élargissement des contrats administratifs. Celle-ci résulte du besoin pour le juge d'évaluer, dans chaque espèce, le degré de rattachement au service public²²⁷. Elle se manifeste tout d'abord au tra-

²²⁵ X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 206, 1999.

²²⁶ CE Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 155. V. not., déjà sur ce point, H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 35 et s.

²²⁷ V. sur cette question, A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, pp. 59-76 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 190 et s.

vers de la définition de cette finalité et de la détermination des missions qui y concourent. Car il incombe au juge de tracer les contours des services publics, puis de se prononcer éventuellement sur le caractère accessoire de telle ou telle prestation. Seulement ensuite, il est possible d'en déduire si l'objet du contrat répond au critère objectif en fonction de la « relation *directe et suffisamment précise et étroite* »²²⁸ entre l'acte et la finalité d'intérêt général identifiée. Ainsi, deux moments peuvent être distingués au sein de l'analyse jurisprudentielle. Chacun d'eux a permis au juge de faire du service public un critère efficace pour la qualification des contrats administratifs, même si c'est parfois au terme d'une interprétation discutable.

693. En premier lieu, la relation entre l'objet du contrat et le service public s'est quelque peu distendue. Jadis, la jurisprudence administrative retenait une interprétation étroite du critère de l'objet en exigeant que le contrat confie l'*exécution même* du service public au cocontractant de l'administration²²⁹. Les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Époux Bertin* assurent en ce sens que « l'*exécution directe et immédiate de l'objet même du service fournit un critère beaucoup plus sûr* »²³⁰. Elles procédaient ainsi à la critique d'autres formulations, lesquelles furent évincées en raison de leur imprécision. On peut facilement comprendre ces précautions tant l'idée qu'un contrat soit administratif en raison de son seul objet paraissait alors contredite par la jurisprudence et rejetée par la doctrine²³¹. Cela n'a pas empêché cette solution de perdurer²³². En revanche, il a fallu préciser la distinction assez subtile entre la

²²⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 191.

²²⁹ CE Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167.

²³⁰ M. LONG, concl. sur l'arrêt CE Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *AJDA*, 1956, jur., p. 274 (souligné dans le texte). On retrouve encore cette interprétation dans d'autres conclusions, v. not. M. LONG, concl. sur l'arrêt CE Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, *AJDA*, 1956, jur., p. 247 : « le contrat répond à un *intérêt public évident*, mais il ne confie nullement à la *société l'exécution directe et immédiate d'un service public*. [...] Le lien entre la prestation fournie par la société et le service public est trop lâche pour qu'il puisse suffire à déterminer, à lui seul, la nature du contrat » (souligné dans le texte). Par ailleurs, il est arrivé que le Conseil d'État emploie cette formule, v. CE, 13 juill. 1961, *Compagnie havraise de navigation à vapeur*, *Rec.*, p. 490. V. aussi, une autre formule également significative, CE, 6 nov. 1967, *Compagnie Fabre et Société générale de Transports maritimes*, *Rec.*, p. 657.

²³¹ Pour ne citer qu'un exemple caractéristique de la première moitié du XX^e siècle, J. ROUVIÈRE, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, th. Paris, 1930, p. 132.

²³² V. not., CE, 12 févr. 1964, *Sieur Lepage*, *Rec.*, p. 97 ; TC, 22 avr. 1985, *Laurent*, *Rec.*, p. 541 ; TC, 22 janv. 2001, *Société Multicom c/ Conseil régional de Haute-Normandie*, *Rec.*, p. 734 ; CE, Avis, 3 déc. 2003, *Mme Khayi-Palat*, *Rec.*, p. 712 ; CE, 9 mai 2005, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, *Rec.*, tab., p. 961 ; CE, 8 oct. 2010, *Société d'HLM un toit pour tous*, *Rec.*, tab., (à paraître). On peut considérer ici que la disparition du terme « même » dans plusieurs jurisprudences ne constitue pas un réel infléchissement et surtout ne modifie pas le sens des décisions rendues. V. not., TC, 14 mai 1990, *Groupement d'intérêt économique Copagan-Copaghy-Taxitel c/ Préfet de police*, *Rec.*, p. 394. On peut également mentionner ici les jurisprudences qui évoquent

simple coopération au service et l'exécution de celui-ci²³³. Et ce d'autant plus que le Conseil d'État recourait toujours, et de façon parallèle, à des énonciations plus vagues pour désigner des situations similaires. En atteste la jurisprudence *Artaud*, dans la mesure où celle-ci tolère qu'un contrat soit administratif lorsqu'il « associe » étroitement le cocontractant à l'exécution du service public²³⁴. Sans attacher une trop grande importance aux termes²³⁵, on peut déjà percevoir un relâchement du lien tel qu'il est exigé par la jurisprudence *Époux Bertin*. Cette tendance s'est amplifiée au gré des décisions rendues par le Conseil d'État et, dans une moindre mesure, par le Tribunal des conflits.

Les jurisprudences postérieures ont confirmé le souci du juge de faciliter la qualification des contrats administratifs par le recours au critère objectif. À cet égard, coexistent aujourd'hui parmi les décisions juridictionnelles celles reliées à l'interprétation stricte du critère objectif et celles, plus nombreuses, retenant une interprétation large. Au titre du premier groupe de décisions, on peut mentionner quelques jurisprudences. Si le Conseil d'État a estimé qu'une convention ayant pour objet de définir les conditions d'utilisation d'un équipement médical par une société de médecins libéraux ne faisait pas participer cette société à l'exécution même d'un service public²³⁶, tel est bien le cas d'un contrat dont il résulte qu'une partie est tenue « de sous-louer [des] logements exclusivement à des étudiants et à des personnes répondant à certaines conditions pour être logés en résidence universitaire »²³⁷. Au titre du second groupe, le Tribunal des conflits a rendu une décision édifiante. Concernant la réalisation d'un magazine communal par une société privée financée par des recettes publicitaires, il a affirmé ceci : « alors même que la SARL France Déco n'était pas chargée de la rédaction de ces documents, ce contrat lui confiait *une partie* de l'exécution du service public de l'information municipale et re-

« l'accomplissement du service public ». V. TC, 20 févr. 2008, *Caisse régionale d'assurance maladie du Sud-est c/ Centre hospitalier de Menton*, Rec., tab., p. 802.

²³³ V. part., TC, 25 nov. 1963, *Dame veuve Mazerand*, Rec., p. 792.

²³⁴ CE, 27 mai 1957, *Artaud*, Rec., p. 350.

²³⁵ V. not., G. PELLISSIER, note sous l'arrêt TC, 6 juill. 2009, *Société coopérative agricole Agrial c/ ONIGC*, RJEP, 2010, comm. 2.

²³⁶ CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, Rec., p. 128. V. aussi, CE Sect., 6 nov. 2009, *Société Prest'Action*, Rec., p. 445.

²³⁷ CE, 8 oct. 2010, *Société d'HLM un toit pour tous*, Rec., tab., (à paraître). V. aussi, TC, 29 déc. 2004, *Dorel c/ École nationale d'ingénieurs de Brest*, Rec., p. 523.

vêtait ainsi le caractère d'un contrat administratif »²³⁸. Dès lors, peu importe que l'acte concerne l'exécution entière ou partielle d'une mission d'intérêt général. Il est susceptible d'être administratif dans ces deux situations. Aussi, le juge n'utilise plus vraiment l'expression d'*exécution même* pour restreindre les possibilités de qualifier un contrat. C'est plutôt une manière pour lui d'indiquer que le lien entre le procédé et la finalité est, en l'espèce, le plus étroit. De ce point de vue, il existe donc bien une gradation qui concourt à rendre attractif le critère objectif.

694. En second lieu, des interprétations audacieuses de la notion de service public facilitent ponctuellement la qualification contractuelle. Ainsi, un contrat peut exceptionnellement être administratif alors même que son objet ne consiste pas à conférer de façon directe une mission de service public. Cette hypothèse originale suggère une profonde évolution de la jurisprudence. Voilà pourquoi son utilisation paraît très circonscrite et a donné lieu à des applications discutables. À cet égard, deux arrêts mettent en évidence le fait qu'il s'agit d'une qualification indirectement fondée sur le service public. D'un côté, le Conseil d'État a jugé qu'un contrat confiant à une société la location de téléviseurs à des malades hospitalisés faisait « participer » le prestataire à l'exécution du service public hospitalier²³⁹. De l'autre, le Tribunal des conflits a affirmé le contraire à propos d'une convention semblable mais conclue cette fois dans le domaine pénitentiaire²⁴⁰. La comparaison de ces deux jurisprudences est édifiante. Il en ressort que, dans ces deux espèces, le service proposé n'est pas en lui-même un service public en dépit des formulations employées à dessein par le Conseil d'État. Envisagée seule, il ne fait aucun doute que la prestation de location de téléviseurs est purement d'ordre privé. Cependant, lorsqu'elle s'exerce dans le cadre d'une mission d'intérêt général, il appartient au juge d'évaluer si elle concourt ou non à la réalisation de cette dernière. Dans la mesure où elle apparaît comme accessoire, on peut admettre l'application de la jurisprudence *Époux Bertin*²⁴¹. Mais alors le juge choisit une formulation qui ne semble pas anodine : au

²³⁸ TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, *Rec.*, p. 546 (nous soulignons). V. aussi, CE, 20 déc. 2006, *Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire (AMUEI)*, *Rec.*, tab., p. 942. V. auparavant, évoquant « l'exécution même d'une partie du service public », CE, 4 juill. 1969, *Trouvé*, *Rec.*, p. 360 ; v. encore, TC, 15 juill. 1960, *Compagnie industrielle du bois de Clerval*, *Rec.*, p. 945.

²³⁹ CE, 8 juin 1994, *Société Codiam*, *Rec.*, p. 294 ; CE, 28 mai 2003, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*, req. n° 248429 ; CE, 6 oct. 2004, *Société la communication hospitalière*, req. n° 263083. V. aussi, sur une qualification d'un contrat avec des médecins libéraux « en vue de leur participation au fonctionnement d'un service d'aide médicale urgente », CE, 20 déc. 2006, *Association de médecine d'urgence de l'estuaire de la Loire (AMUEI)*, *Rec.*, tab., p. 942 (nous soulignons).

²⁴⁰ TC, 23 nov. 1998, *Bergas*, *Rec.*, p. 550.

²⁴¹ V. not., CE, Rapport public, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, EDCE, n° 46, 1994, pp. 23-24.

lieu d'évoquer « l'exécution même d'une mission de service public », il mentionne plus sobrement une simple « participation » qui suggère des « actes de service public » répétés ou isolés²⁴².

Cette tendance jurisprudentielle prête à la critique car elle repose sur une interprétation très extensive du principe posé par l'arrêt *Époux Bertin*. Il ne faut donc pas être étonné de la désapprobation exprimée par le Tribunal des conflits. Par la suite, cette juridiction a même contredit explicitement la solution retenue par le Conseil d'État. Selon les termes d'une décision du 21 mai 2007, « le contrat [de gestion d'un réseau d'appareils de télévision] *n'a pas pour objet de faire participer la [société] à l'exécution du service public administratif*; [...] conclut seulement pour les besoins du service public, il ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun »²⁴³. Ainsi les solutions rendues par le juge administratif en ce domaine devraient-elles être abandonnées. La jurisprudence administrative reviendrait alors à des appréciations plus orthodoxes et retrouverait une plus grande cohérence. S'il faut sans doute donner au critère de l'objet son plein effet, cette valorisation ne saurait être sans limites. Elle ne doit pas en particulier se faire au détriment de la notion de service public et procéder à des rattachements peu concevables. À cet égard, il convient de faire jouer la distinction entre les organismes qui rendent le service et ceux qui apportent à ce dernier. Et c'est à juste titre que le juge administratif estime que ne sont pas administratives les conventions qui se bornent à satisfaire ses besoins²⁴⁴. Malgré les difficultés pour tracer une séparation claire entre ces objets, celle-ci est utile car elle préserve la notion de service public tout en marquant ses rapports avec d'autres missions.

695. En définitive, si le critère retenu est celui du service public dans tous ces litiges, le juge s'est écarté de sa perception originale. Le lien entre l'objet du contrat et le service public s'apprécie dorénavant avec plus de souplesse puisqu'il s'avère quelquefois partiel ou même indirect. Il ressort ainsi de l'observation de la jurisprudence différents degrés de rattachement à cette mission. Cela a permis au juge d'étendre sensiblement la qualification des contrats administratifs. Or cette extension pourrait recouvrir un intérêt pour les conventions d'administration puisque les

²⁴² V. en ce sens, J.-M. AUBY, note sous l'arrêt CE, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, RDP, 1974, p. 1491.

²⁴³ TC, 21 mai 2007, *SA Codiam*, Rec., tab., p. 936 (nous soulignons).

²⁴⁴ V. CE Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, Rec., p. 202 ; TC, 17 avr. 2000, *Crédit Lyonnais*, Rec., p. 761 ; TC, 15 nov. 2004, *SA Loxxia bail slibail c/ Lycée régional Hélène Boucher*, Rec., p. 628 ; TC, 21 mai 2007, *SA Codiam*, Rec., tab., p. 936.

interprétations larges qu'elle suppose favorisent la transposition du critère objectif. Pourtant, tel n'est pas le cas. Sous cette forme, le critère de l'objet ne paraît pas approprié pour déterminer le genre des conventions d'administration.

b) Un objet écarté pour les conventions d'administration

696. Les conventions d'administration n'ont pas vocation à conférer l'exécution d'une mission de service public à l'une des parties. En dépit de l'interprétation large retenue par le juge, ce critère ne permet donc pas d'établir le genre administratif de ces actes. Pour s'en assurer, il suffit de se référer aux diverses hypothèses rattachées à l'exécution d'un service public. Il n'est alors pas difficile de relever que les conventions d'administration ne sauraient conduire à conférer l'exécution d'un service public à l'une des parties. Certes, ces procédés touchent de près à l'exercice de telles missions. En ce sens, les contrats urbains de cohésion sociale énoncent des objectifs relatifs aux services publics sociaux, de la santé ou encore de l'éducation²⁴⁵. De même, les contrats locaux de sécurité traduisent les directives sur lesquelles s'accordent les parties afin de maintenir l'ordre public²⁴⁶. Est enfin singulièrement trompeuse la dénomination retenue pour désigner les *contrats de service public* signés entre l'État et certains opérateurs économiques²⁴⁷. Malgré leur appellation, ceux-ci ne prévoient pas la délégation d'un service public à une entreprise donnée puisque cette habilitation résulte de dispositions légales intervenues antérieurement. Tel n'est donc pas leur objet. Ils se bornent, le cas échéant, à de simples rappels sur ce point. Au surplus, la conclusion de ces *contrats* trouve elle-même une justification dans la loi qui charge un ou plusieurs organismes d'assurer des obligations de service public²⁴⁸. Moins qu'une modalité pour conférer une mission d'intérêt général, ces conventions d'administration traduisent un souci d'encadrement et d'évaluation des entités assurant un service public.

²⁴⁵ V. not., la circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale, spéc. §1 (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr).

²⁴⁶ V. not., la circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757

²⁴⁷ V. par ex., le contrat de service public entre La Poste et l'État, 2008-2012 (document consulté sur le site www.laposte.fr) ; le contrat de service public entre Électricité de France et l'État signé le 24 octobre 2005, 2005-2007 (document consulté sur le site www.developpement-durable.fr) ; le contrat de service public entre Gaz de France et l'État signé le 23 décembre 2009, 2010-2013 (document consulté sur le site www.developpement-durable.fr).

²⁴⁸ Au demeurant, ces actes comportent plusieurs rappels de la législation qui prévoit leur signature. Il faut alors analyser ces énoncés comme ayant une valeur authentiquement législative et non conventionnelle.

697. L'impossibilité pour une convention d'administration de confier l'exécution d'une mission de service public provient à la fois de motifs circonstanciels et structurels. S'agissant du premier, ce phénomène de délégation correspond principalement à des procédés engageant des personnes publiques et privées. En définitive, il n'a guère lieu d'être dans le cadre d'une convention signée entre des personnes publiques, car chacune assume alors la responsabilité de missions d'intérêt général. La passation d'un acte conventionnel n'est donc pas envisagée comme un moyen de confier la gestion d'un service public à un tiers. Pour autant, cela ne revient pas à affirmer que le critère matériel serait toujours inadéquat pour les conventions entre personnes publiques. Par exemple, il est possible qu'une collectivité territoriale choisisse de faire exécuter un service d'assainissement par un établissement public. En ce cas, l'objet pourra éventuellement jouer dans la qualification de l'acte. Mais, en l'état du droit, cette éventualité reste bien moins probable que la gestion privée d'une mission d'intérêt général. Pour des raisons d'opportunité, l'externalisation d'un service public s'opère la plupart du temps au profit d'un organisme privé. La rencontre de personnes publiques poursuit quant à elle d'autres finalités qui tiennent souvent dans l'organisation des services publics plutôt que dans leur délégation. Or, d'un point de vue quantitatif, les conventions d'administration signées entre des autorités administratives sont les plus nombreuses²⁴⁹. Cette circonstance donne à penser que ces procédés n'auront pas pour objet de déléguer une mission de service public. Un tel argument n'emporterait toutefois pas la conviction s'il ne confirmait pas un motif touchant à la structure de ces conventions. Qu'elles soient signées avec un organisme privé ou entre personnes publiques, la nature de leurs stipulations constitue, en effet, un obstacle à l'application du critère objectif. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point. L'objection tient simplement au fait que confier une mission de service public suppose toujours une proposition impérative. Car il s'agit bien de prescrire l'exercice de compétences assorties d'obligations juridiques. Aussi, de telles clauses ne sont pas concevables au sein d'actes dont la particularité réside justement dans la nature directive de leurs stipulations.

698. À ces justifications, on pourrait objecter qu'il est loisible au juge d'étendre encore l'application du critère de l'exécution du service public. Les évolutions jurisprudentielles incitent, en tout cas, à envisager une telle possibilité. Néanmoins, cette hypothèse paraît très improbable en raison de l'écart irréductible entre les stipulations contractuelles et conventionnelles. Même une interprétation large ne

²⁴⁹ V. *supra*, n° 637-640.

suffirait pas à réduire les différences entre ces énoncés impératifs et directifs. Si les seconds peuvent suggérer la délégation d'une mission de service public, leur faible teneur ne permet pas d'y percevoir une quelconque habilitation juridique. Dès lors, le critère matériel ne saurait être satisfait dans le cadre de conventions d'administration lorsqu'il consiste à confier une mission de service public à l'une des parties. À l'inverse, les autres utilisations de ce critère objectif semblent mieux correspondre avec ces procédés conventionnels.

§2. Un moyen d'exécuter une mission de service public

699. Tout comme l'acte unilatéral, l'acte conventionnel sert parfois à réaliser directement l'intérêt général. Il n'est plus alors une modalité pour se décharger de l'exécution d'un service public. Bien au contraire, en passant le contrat, l'administration assure elle-même la mission dont elle a la responsabilité. C'est pourquoi le juge distingue cette hypothèse de la jurisprudence *Époux Bertin*, même s'il faut reconnaître qu'elle demeure plutôt rare en pratique (a). Cette séparation est d'autant plus utile que, envisagé sous cet angle, le critère du service public pourrait être opérant s'agissant des conventions d'administration (b).

a) Un objet suscitant les contrats administratifs

700. Une jurisprudence bien établie sépare nettement les situations dans lesquelles un contrat est un moyen soit d'exécuter soit de confier une mission de service public²⁵⁰. D'ailleurs, il n'est pas anodin que le Conseil d'État ait rendu le même jour que l'arrêt *Époux Bertin* une décision confirmant cette distinction. Par une autre décision du 20 avril 1956, le juge administratif a rappelé qu'une personne publique pouvait conclure une convention pour s'engager à exercer une mission d'intérêt général²⁵¹. En l'espèce, les cocontractants de l'administration n'assuraient pas eux-mêmes des travaux de reboisement mais en étaient les bénéficiaires²⁵². Si l'objet de l'acte consiste toujours en l'exécution d'un service public, la personne responsable de cette mission l'assure ici directement et recourt au contrat pour parvenir à ses fins. Jusqu'alors le Conseil d'État a veillé à ne pas confondre cette hypothèse avec celle où le contrat constitue un moyen de confier une activité d'intérêt général à une

²⁵⁰ V. déjà, CE, 29 mai 1925, *Décatoire, Rec.*, p. 534.

²⁵¹ CE Sect., 20 avr. 1956, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard et autres, Rec.*, p. 168.

²⁵² V. part., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 205.

entité. Une jurisprudence éparsse conforte cette vue et un certain nombre d'implications justifie le maintien de cet état du droit.

701. Parmi les arrêts rattachés à ce courant jurisprudentiel, le plus symbolique est sans doute aujourd'hui l'arrêt *Société « La maison des isolants de France »*²⁵³. Dans cette affaire, un contrat avait été passé entre une commune et une société afin que cette dernière transfère ses activités économiques sur le territoire de la collectivité territoriale. Cette opération de décentralisation industrielle impliquait plusieurs mesures facilitant l'implantation de l'entreprise. Mais cette dernière n'avait aucunement à sa charge l'exécution d'un service public. Elle poursuivait un intérêt d'ordre privé qui participait cependant à la satisfaction d'un intérêt communal. Voilà pourquoi le Conseil d'État a perçu dans le procédé conventionnel un moyen de réaliser une mission de service public. Cet acte s'intègre selon la Haute juridiction dans un ensemble d'actions visant à favoriser l'industrialisation, et plus généralement le développement économique, sur le territoire communal. Qualifiée d'« excellente »²⁵⁴, la formulation choisie par le juge est éclairante et mérite d'être reproduite ici : « par le contrat [...] la commune [...] a pris en charge, dans l'intérêt public, et en utilisant des procédés du droit public, la réalisation de l'ensemble des conditions matérielles d'une opération de décentralisation industrielle jugée utile pour le développement communal ; que, ce faisant, elle a assuré l'exécution même d'une mission de service public »²⁵⁵.

Bien qu'elle soit éparsse, une jurisprudence constante rappelle les spécificités attachées aux conventions utilisées comme moyens d'exécuter un service public. En atteste la décision *Matois*, rendue par le Tribunal des conflits le 23 octobre 2000, même si elle ne se réfère pas explicitement à la formulation consacrée du critère du service public. On y relève que « la convention par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie accorde à une entreprise en difficulté une subvention pour la mise en place d'un plan social [...] qui est financée par des ressources provenant du budget de l'État, présente un caractère administratif »²⁵⁶. On retrouve, en filigrane, l'idée selon laquelle l'acte conventionnel est plus approprié que ne le sont les moyens unilatéraux pour soumettre le versement de subventions à

²⁵³ CE, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, *Rec.*, p. 365.

²⁵⁴ J.-M. AUBY, note sous l'arrêt CE, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, *RDP*, 1974, p. 1495.

²⁵⁵ CE, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, *Rec.*, p. 365.

²⁵⁶ TC, 23 oct. 2000, *Matois*, *Rec.*, p. 773. V. aussi, TC, 18 déc. 2000, *Préfet de l'Essonne c/ TGI Évry*, *Rec.*, p. 779.

l'accomplissement de contreparties par les bénéficiaires²⁵⁷. Mais, peu importe la technique employée, il s'agit toujours pour l'État de réaliser une mission de service public. En l'espèce, tel était bien le cas de la politique publique de l'emploi. De la même façon, le Conseil d'État semble avoir recouru à la jurisprudence *Grimouard* à propos d'une collaboration entre des instituts scientifiques²⁵⁸. Par celle-ci, ainsi que le souligne M. Melleray²⁵⁹, un établissement public a concouru aux actions scientifiques d'un opérateur privé dans le cadre de la mission d'intérêt général qui lui incombe. Ce rattachement est au demeurant le seul à pouvoir vraisemblablement justifier l'administrativité puisque la collaboration a été établie, en l'espèce, de façon verbale. Dans cette mesure on ne pouvait guère analyser l'acte comme un moyen d'organiser un service public. Cela requiert, en effet, un minimum d'indications sur les modalités décidées. En tous les cas, cet ensemble de jurisprudences consolide la distinction opérée au sein du critère matériel pour qualifier un contrat administratif²⁶⁰.

702. La pérennité de cette dissociation peut se prévaloir d'arguments simples. D'une part, il est évident que les conventions confiant l'exécution d'une mission de service public et celles concourant à exercer cette dernière ne supposent pas les mêmes effets juridiques. D'autre part, selon l'hypothèse considérée, le juge n'a pas, *in fine*, à appliquer les mêmes règles de droit. Puisque dans le second cas aucune habilitation n'est transférée à l'une des parties, le contrat ne saurait être soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. Au contraire, tel est en principe le cas des délégations de service public ou marchés publics qui confient à un tiers l'exécution d'une mission d'intérêt général²⁶¹. Ne serait-ce que pour ces deux motifs, le découpage opéré au sein du critère matériel mérite d'être maintenu. Cela n'empêche pas la doctrine d'émettre des critiques à l'encontre de l'élargissement de la catégorie des contrats administratifs qui en résulte. En ce sens, des auteurs estiment que « la plupart des contrats signés par l'administration se rattachent à sa mission de service public et il serait presque toujours possible de considérer que, par ce

²⁵⁷ R. SCHWARTZ, concl. sur la décision TC, 23 oct. 2000, *Matois*, *Dr. soc.*, 2001, pp. 102-103.

²⁵⁸ CE, 25 juill. 2008, *Institut européen d'archéologie sous-marine*, *Rec.*, tab., p. 802.

²⁵⁹ F. MELLERAY, note sous l'arrêt CE, 25 juill. 2008, *Institut européen d'archéologie sous-marine*, *RFDA*, 2008, p. 1125.

²⁶⁰ V. pour un nouvel exemple à propos des contrats de responsabilité parentale, F. ROLIN, « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le Contrat de responsabilité parentale », *RDCO*, 2006 (n° 3), pp. 852-854 ; F. ROLIN, « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS*, 2007, p. 38 et s.

²⁶¹ CE Sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Rec.*, p. 155.

moyen privilégié, la puissance publique remplit celle-ci »²⁶². Auparavant, M. Chevallier avait aussi exprimé des réserves au sujet de l'interprétation trop vague retenue du critère de l'objet²⁶³. Toutefois, le juge administratif fait preuve d'une grande prudence lorsqu'il recourt à cette acception du critère du service public. Le nombre assez restreint de contrats qualifiés par ce biais en est du reste le témoin. Conscient des risques qu'elle présente, le juge fait une application raisonnée de cette technique de qualification juridique, laquelle ne saurait par exemple jouer s'agissant des contrats signés avec les usagers des services publics industriels et commerciaux. C'est pourquoi elle est appelée à perdurer au sein de sa jurisprudence, voire à s'étendre avec la prise en compte des conventions d'administration.

b) Un objet suscitant les conventions d'administration

703. L'imprécision du critère relatif à l'exécution d'un service public favorise sans aucun doute son application aux conventions d'administration. À maints égards, il est possible de percevoir dans l'objet de ces actes un élément efficace pour déterminer leur qualification. Les définitions fuyantes adoptées par le juge incitent en tout cas à envisager cette hypothèse. Et ce, d'autant plus que le caractère directif des stipulations conventionnelles ne semble pas empêcher ici la transposition des techniques valant pour les contrats. En effet, une simple collaboration tacite prévoyant l'encadrement scientifique de fouilles sous-marines a suffi pour remplir les conditions posées par la jurisprudence²⁶⁴. Dans cette mesure, on peut raisonnablement penser que rien ne s'opposerait à traiter de façon similaire les conventions d'administration. Elles ne prévoient certes pas d'obligations à la charge des parties mais constituent des actes d'orientation. Leur vocation est de guider, d'une manière générale, les actions de chacune des parties. Pour cette raison, elles semblent correspondre assez fidèlement à l'idée de modalité d'exécution d'un service public. Cela conduirait peut-être le juge à élargir encore l'interprétation qu'il retient actuellement de ce critère. Une telle évolution s'inscrirait toutefois dans une tendance profonde de la jurisprudence et n'aurait que d'infimes conséquences. Il n'est donc pas interdit de la suggérer. Pour appuyer cette idée, plusieurs phénomènes conventionnels peuvent être analysés plus en détails.

²⁶² P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010, p. 355.

²⁶³ J. CHEVALLIER, note sous la décision TC, 24 juin 1968, *Société « Distilleries Bretonnes »*, D., 1969, jur., p. 122..

²⁶⁴ CE, 25 juill. 2008, *Institut européen d'archéologie sous-marine*, Rec., tab., p. 802.

704. D'une part, il arrive que des conventions d'administration soient signées pour l'encadrement des activités de police administrative. En attestent les contrats locaux de sécurité dont l'objet consiste notamment à permettre la collaboration des différentes autorités responsables du maintien de l'ordre public sur un territoire donné. Ainsi que le souligne une circulaire ministérielle, « les contrats locaux de sécurité constituent l'outil principal d'une politique de sécurité privilégiant l'éducation à la citoyenneté comme axe de la prévention, la proximité comme objectif de redéploiement de la police et de la gendarmerie et l'efficacité par un renforcement de l'action conjointe de l'ensemble des services de l'État »²⁶⁵. Au-delà des terminologies utilisées, ces procédés ont donc pour but d'assurer aux citoyens la sécurité à laquelle ils aspirent. Plusieurs contrats en cours de réalisation traduisent explicitement cette finalité. Tel est le cas du contrat local de sécurité auquel la commune de Lille est partie puisque, parmi ses engagements, il mentionne la « sécurisation des espaces publics » et la « prévention de la délinquance des mineurs »²⁶⁶. Il semble ainsi ressortir des textes comme de la pratique que les contrats locaux de sécurité sont des modalités d'exécution d'un service public. Malgré des divergences sur la nature contractuelle de ces procédés, les auteurs s'accordent d'ailleurs sur leur finalité. Ils suggèrent tous la présence de cet objet commun à l'ensemble de ces conventions²⁶⁷. Aussi le critère matériel pourrait-il, le cas échéant, être appliqué aux contrats locaux de sécurité dans la mesure où ils manifestent la volonté des parties de garantir l'ordre public en signant ces actes.

705. D'autre part, les collaborations établies au moyen de conventions d'administration ne s'épuisent pas dans le domaine de la police administrative. Nombreux sont les secteurs de l'activité administrative visés par ces phénomènes juridiques. On peut prendre pour illustration les partenariats noués en matière de san-

²⁶⁵ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, JORF, 30 oct. 1997, p. 15757. De même, la circulaire du 4 déc. 2006 relative à la politique de prévention de la délinquance et à la préparation des contrats locaux de sécurité de nouvelle génération définit le contrat local de sécurité comme l'acte qui « organise le partenariat local en matière de prévention de la délinquance et l'exprime, sur la base d'un diagnostic local de sécurité, dans un plan d'action » (consulté sur le site : www.circulaires.gouv.fr).

²⁶⁶ Engagement n° 1 et n° 2 du contrat local de sécurité signé le 7 nov. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.mairie-lille.fr).

²⁶⁷ V. not., É. CHALUMEAU, « Les contrats locaux de sécurité », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, éd. CNFPT, colloque de tours, 27 et 28 janv. 1999, p. 171 et s. ; Ch. MAUGÜÉ, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative. L'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 36 et s. ; V. LEWANDOWSKI, « Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *DA*, 2002, chron. 2.

té publique²⁶⁸. En particulier, les conventions conclues entre le directeur d'un établissement et le directeur d'un centre de responsabilité, simple service dépourvu de la personnalité juridique, fournissent une illustration atypique de ce phénomène²⁶⁹. Mais surtout les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens signés entre les agences régionales de santé et l'État encadrent les objectifs devant être atteints par chacun de ces établissements publics²⁷⁰. L'interprétation large de la jurisprudence *Grimouard* qui prévaut à l'heure actuelle pourrait fort bien permettre d'établir l'administrativité de ces conventions. Il s'agit là d'une hypothèse plausible et susceptible d'être étendue à d'autres procédés conventionnels qui contribuent eux-aussi à réaliser un service public. Cette solution paraît d'autant plus souhaitable qu'elle maintiendrait une certaine cohérence au sein de l'action publique. En effet, si les acteurs choisissent parfois des procédés d'action conventionnels, il ne faut pas négliger le fait qu'ils pourraient, la plupart du temps, agir par voie unilatérale. Or il ne fait guère de doute que des actes unilatéraux portant sur les mêmes questions seraient qualifiés d'actes administratifs. On aboutirait dès lors à un résultat illogique en déniaient à ces conventions d'administration relatives à l'exécution d'un service public la qualité d'acte administratif. Au surplus, le critère matériel ne paraît pas être satisfait lorsque l'acte est envisagé comme un moyen d'organiser une mission d'intérêt général.

§3. Un moyen d'organiser une mission de service public

706. L'administrativité des contrats tient parfois à ce qu'ils ont pour objet l'organisation d'un service public. Cette troisième hypothèse reliée au critère finaliste appelle plus de réserves que les deux précédentes. En effet, la nature des clauses organisant l'exécution d'une mission d'intérêt général est source d'hésitations. En tenant compte de leur rôle, il convient d'y voir des clauses réglementaires et non des stipulations conventionnelles. Il y a sans doute ici matière à discussions, mais il semble bien que cette vue s'impose désormais : on se trouve confronté à une « convention à effet réglementaire »²⁷¹ qui relèverait d'une catégorie bien particulière²⁷².

²⁶⁸ V., sur la question générale des partenariats en la matière, Cl. ESPER, « La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique ? », *EDCE*, 1998, p. 441 et s. ; Cl. ESPER, « La nouvelle gouvernance hospitalière : une profonde réforme de l'hôpital public », *GP*, 10 juin 2006, doct., p. 1705.

²⁶⁹ J. HARDY, « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, pp. 957-960.

²⁷⁰ Contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens signés le 8 février 2011 pour une période allant jusqu'en 2013 (v. not., www.ars.sante.fr).

²⁷¹ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, pp. 78-79. V. égal., J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 113 et s.

Adhérer à une telle approche pourrait supposer plusieurs conséquences dont celle – comme le suggère une partie de la doctrine – de rendre inadéquat le critère de l'organisation du service public aux authentiques contrats. Certains auteurs réduisent ainsi à ses deux premières modalités le critère du service public²⁷³. Toutefois, une pareille déduction n'est pas toujours convaincante car le juge opère une distinction claire entre la qualification de la convention et l'examen de ses clauses réglementaires. Pour la première opération, le critère du service public est susceptible de jouer ; pour la seconde, le régime des dispositions réglementaires sert de référence au juge en raison des effets généraux et objectifs des clauses. Dans cette mesure le critère de l'organisation d'un service public est tout à fait singulier. Permettant de qualifier une convention, il fournit aussi une indication quant au traitement de certaines clauses de l'acte.

707. Ces deux niveaux d'analyse ressortent de la jurisprudence. Leur combinaison est le résultat d'une évolution de la fonction conférée à l'organisation du service public. Elle a d'abord été envisagée comme un moyen d'identification des clauses réglementaires au sein d'un acte²⁷⁴. Seulement ensuite, elle est également devenue un critère de qualification des contrats administratifs. Il convient de retracer brièvement les principaux aspects de cette modification en évoquant quelques arrêts. Dans un premier temps, le juge, tout en admettant la nature conventionnelle d'un accord conclu entre l'État et une compagnie aérienne, a relevé que les « stipulations qui règlent l'organisation même du service public [...] ont un caractère réglementaire »²⁷⁵. Cette jurisprudence connaît aujourd'hui plusieurs prolongements, comme en atteste une convention d'occupation précaire au sujet de laquelle une Cour administrative a jugé qu'elle « a non seulement la forme mais aussi la nature d'un contrat ; que *ce contrat ne comporte aucune stipulation qui, relative à l'organisation d'un service public [...], présenterait un caractère réglementaire* »²⁷⁶. Dans un second temps, le critère de

²⁷² V. en ce sens, H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, spéc. pp. 2-3. Notons ici que la vision défendue par cet auteur est plus large que celle adoptée ici puisque l'organisation du service public comprend dans cette thèse la faculté de déléguer le service à un tiers.

²⁷³ On précise ici que le critère de la participation au service public n'est pas envisagé dans le cadre de ces développements.

²⁷⁴ V. not., sur cette utilisation, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 107-109.

²⁷⁵ CE Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, Rec., p. 153.

²⁷⁶ CAA Paris, 1^{er} oct. 2009, *Association des amis des Tuileries*, req. n° 08PA04840. V. aussi impl., CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec., p. 105. Ce dernier arrêt se rapproche des jurisprudences utilisant l'organisation du service public comme un élément d'identification des clauses réglementaires. Il ne s'agit pas, en effet, de parvenir à la qualification de contrat administratif mais de déterminer les pouvoirs du juge à propos de mesures d'exécution d'une convention, v. égal., CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec., p. 197 ;

l'organisation du service public a été appliqué à d'autres fins. Le Conseil d'État l'a utilisé, en effet, pour qualifier l'acte soumis à son examen. Dans un arrêt *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales (FO)*, le juge affirme ainsi que l'acte constitutif d'un groupement d'intérêt public « a le caractère d'une *convention relative à l'organisation du service public* à laquelle l'État est partie et non celui d'un acte administratif unilatéral »²⁷⁷. Il précise ensuite que les clauses réglementaires portant sur cette mission peuvent néanmoins faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. De la sorte, cette décision traduit la mixité de l'opération juridique en cause. Le Conseil d'État veille à préserver la nature conventionnelle de l'acte²⁷⁸ tout en distinguant les clauses qui organisent le service public.

708. Depuis lors, il est devenu courant d'utiliser l'organisation du service public comme une modalité de qualification des contrats administratifs à part entière. Elle apparaît au même titre que les critères habituels, notamment lorsqu'il s'agit de s'assurer du caractère privé d'une convention. En ce cas, le juge énonce « qu'après avoir relevé que ce contrat n'avait pas pour objet l'organisation du service public, qu'il ne faisait pas participer la société à l'exécution même de ce service et qu'il ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun, la cour a pu légalement en déduire qu'un tel contrat ne faisait naître entre les parties que des rapports de droit privé »²⁷⁹. Certes, on recourt la plupart du temps à ce critère dans des circonstances particulières. En témoigne l'arrêt *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup* puisqu'il s'agissait, comme souvent, de qualifier une convention entre personnes publiques. Toutefois, le juge adopte en l'espèce sa solution tant au regard de considérations organiques que de la finalité d'organisation des services publics²⁸⁰. Il ne faut donc pas envisager cette hypothèse comme s'épuisant dans les conventions entre administrations. En outre, et bien que ce soit une situation plus rare, il est déjà arrivé que ce critère soit employé à propos de procédés engageant

CE, 25 mai 1992, *Département de l'Hérault*, Rec., tab., p. 955 ; CAA Lyon, 16 mars 2010, *Communauté de communes du pays de Gex*, req. n° 07LY02805 ; CAA Bordeaux, 3 mai 2011, *Syndicat intercommunal d'électricité et d'équipement du département de la Vienne*, req. n° 10BX02295.

²⁷⁷ CE, 14 janv. 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales (FO)*, Rec., p. 9.

²⁷⁸ Du reste, celle-ci est prescrite par la loi, ce qui constitue un obstacle à une éventuelle requalification, v. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2008, 6^{ème} éd., p. 70 et s.

²⁷⁹ CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, Rec., tab., p. 628. V. aussi, CAA Lyon Plén., 30 déc. 1992, *Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères des Combrailles*, Rec., tab., p. 1101 ; CAA Marseille, 9 juill. 2007, *Commune d'Alet les bains*, req. n° 04MA02198 ; TC, 17 déc. 2007, *SELARL MB Associés c/ Centre hospitalier intercommunal du Haut Anjou*, Rec., tab., p. 935.

²⁸⁰ CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, Rec., tab., p. 648.

des entités publiques et privées. À cet égard, la constitution d'un groupement d'intérêt public offre un exemple probant²⁸¹. Relevons aussi la qualification d'un protocole d'accord entre une société et un établissement public par ce biais, et ce malgré la rédaction peu explicite de l'arrêt²⁸². Mais on peut encore songer à une situation simple dans laquelle une personne privée a pris l'initiative de se charger d'une mission de service public et, pour l'organiser, passe un contrat avec une personne publique.

709. Par suite, il convient de réserver un sort particulier au critère de l'organisation du service public. Non seulement il se différencie au regard de ses implications pour l'acte conventionnel et ses clauses mais, plus simplement, sa signification n'est pas identique à celle des autres modalités liées au service public. De toute évidence, l'organisation d'une mission d'intérêt général ne consiste ni en son exécution matérielle et juridique ni à conférer cette exécution à une entité. Cela suppose exclusivement de déterminer les modalités de fonctionnement d'un service donné. Une telle opération dénote l'habilitation des auteurs à exercer, ou à faire exercer, ladite mission de service public, mais elle est limitée à des préoccupations organisationnelles.

Dans cette mesure, ce critère semble très prometteur s'agissant de la qualification des conventions d'administration. Et une perception intuitive incite fortement à rapprocher ces procédés de l'organisation d'un service public²⁸³, mais deux éléments pourraient s'y opposer. D'une part, le juge administratif retient une interprétation restrictive de ce critère puisqu'il estime que n'y satisfont pas les actes qui se contentent de rationaliser l'action administrative. Le Conseil d'État a refusé, en ce sens, la qualification administrative à propos d'une convention qui, « *alors même qu'elle a pour effet de concourir à la rationalisation de l'offre locale de soins, ne porte pas sur l'organisation du service public de la santé et n'a pas pour objet de faire participer la clinique à l'exécution*

²⁸¹ V. not., CE, 14 janv. 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales (FO)*, Rec., p. 9.

²⁸² TC, 16 janv. 1995, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris et Compagnie Nationale du Rhône c/ Électricité de France*, Rec., p. 489. Cette décision peut, en effet, donner lieu à des discussions sur la modalité choisie par le juge : « le litige opposant ces deux entreprises porte sur un additif aux protocoles intervenus entre elles à cette fin, pour régler les conditions de mise à disposition d'Electricité de France de l'énergie produite par les centrales du Rhône ; que l'additif attaqué étant ainsi relatif à la coordination de leurs missions respectives de service public, c'est, dès lors, à bon droit que le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, a élevé le conflit ».

²⁸³ On peut songer notamment ici aux contrats locaux de sécurité qui, en raison de leur vocation à organiser différents services liés à la sécurité publique, pourraient répondre à ce critère.

de ce service public »²⁸⁴. Est ainsi consacrée une séparation entre ces deux actions. Elle paraît assez nette bien qu'elle soit pourtant rendue confuse par le flou du terme rationalisation. En tout cas, cette distinction pourrait laisser augurer que les conventions d'administration seraient plutôt classées par le juge au sein des procédés tendant à rationaliser l'action administrative. Leur finalité ne consiste pas tant à fixer les conditions de fonctionnement d'un service mais, plus globalement, à orienter l'action des parties. En l'état du droit, il est dès lors possible que l'on ne puisse pas rattacher l'administrativité de ces actes à l'organisation du service public. Ou alors ce rattachement supposerait un assouplissement de l'interprétation retenue par le juge. D'autre part, les conventions d'administration ne correspondent pas à l'une des implications de ce critère. Leurs stipulations comportent, en effet, de simples énoncés directifs. Elles sont dépourvues de caractère impératif et ne sauraient donc, par principe, dissimuler des clauses réglementaires. Or telle est bien la nature des prescriptions relatives à l'organisation du service public. On constate ainsi une différence fondamentale entre ce que suggère l'application de ce critère et les conventions d'administration. S'il n'est pas théoriquement impossible que ces procédés puissent contenir des clauses réglementaires, une telle insertion devrait demeurer exceptionnelle et surtout conduire le juge à diviser ces énoncés des stipulations conventionnelles. Aussi l'organisation des services publics est-elle peu susceptible de permettre la qualification des conventions d'administration mais, tout au plus, de justifier le fractionnement de ses clauses. Malgré tout, le juge pourrait estimer que ces obstacles ne sont pas insurmontables et choisir cette modalité pour identifier le genre de ces procédés conventionnels.

710. Conclusion de section. D'une manière générale, les critères alternatifs façonnés par le juge durant plusieurs décennies paraissent mal adaptés à la qualification des conventions d'administration. Une telle conclusion n'est guère surprenante dans la mesure où ces éléments proviennent d'une construction jurisprudentielle focalisée sur les seuls contrats. Ainsi, les différentes acceptions attachées à la notion de clause exorbitante du droit commun n'ont pas permis d'en faire application. Et il faut bien reconnaître qu'il existe entre ce critère et les procédés conventionnels étudiés une incompatibilité irréductible. Tel n'est sans doute pas le cas des modalités liées au service public. Si certaines correspondent mal aux objets des conventions d'administration, d'autres fournissent au contraire des éléments intéressants pour

²⁸⁴ TC, 17 déc. 2007, *SELARL MB Associés c/ Centre hospitalier intercommunal du Haut Anjou*, Rec., tab., p. 935 (nous soulignons).

leur qualification. Cependant, la valeur du critère du service public demeure assez circonscrite en comparaison de son rôle pour déterminer l'administrativité des contrats. Les appréciations auxquelles on aboutit peuvent dès lors sembler décevantes. Mais l'inadéquation des techniques de qualifications valables pour les contrats traduit, une nouvelle fois, la différence entre contrats et conventions d'administration. Là n'est pas le moindre de ses mérites.

711. Conclusion de chapitre. Les conventions d'administration relèvent bien d'un régime de droit administratif. Leur qualification s'obtient facilement par application des critères jurisprudentiels puisqu'elle sollicite, pour l'essentiel, la qualité des parties. Le plus souvent, un simple examen des sujets ayant convenu suffit à s'assurer du caractère administratif d'une convention. Certes, la prise en compte des parties pourrait présenter des inconvénients. L'extrême sophistication du raisonnement suivi pour les contrats est, à cet égard, dissuasive. Mais cette référence s'avère tout de même très indiquée pour déterminer l'administrativité des conventions d'administration. À la pertinence du critère organique s'oppose l'inefficacité presque totale des critères alternatifs. Lorsque l'on confronte avec les conventions d'administration les diverses acceptions des éléments exorbitants, touchant soit aux clauses de l'acte soit à son objet, il en ressort des conclusions plutôt décevantes. Seules certaines modalités du critère relatif au service public sont susceptibles de servir à leur qualification. Cela rend compte de l'inadaptation des méthodes de qualification élaborées par le juge à propos des seuls contrats. Il ne faut donc ni s'étonner ni s'en inquiéter. L'important demeure, avant toute chose, d'avoir pu trouver des éléments suffisants pour établir l'administrativité des conventions d'administration, et non de chercher à transposer absolument l'ensemble des modalités valables pour les contrats.

712. Cette investigation est rendue possible, et même nécessaire, du fait de l'inexistence de qualification textuelle. S'il est arrivé au législateur de prévoir la conclusion de conventions d'administration, il n'a pas résolu la question soulevée par leur genre. Cela peut se justifier par les faibles conséquences pratiques attachées à cette détermination. En effet, l'intervention du législateur n'est pas exigée par des difficultés tenant à la répartition des contentieux juridictionnels. Dans cette mesure, et alors même que rien ne s'y oppose théoriquement, une qualification législative ne présenterait pas un grand intérêt pratique. Toutefois, si les procédés conventionnels continuaient à prospérer au sein de l'action administrative, il est possible que le législateur juge utile de préciser, le cas échéant, le genre des actes dont il permet la conclusion. Une telle initiative paraîtrait peu opportune mais ne serait pas dommageable si, bien entendu, l'administrativité des conventions était consacrée par les textes.

Sous cette réserve, l'application d'une méthode de qualification jurisprudentielle est appelée à perdurer.

713. Au surplus, l'établissement du caractère administratif des conventions d'administration a permis de rendre compte, une fois encore, des différences profondes qui séparent ces actes des contrats. Celles-ci justifient pleinement qu'un traitement spécifique soit réservé à ces procédés conventionnels, y compris s'agissant de leur qualification juridique. On chercherait en vain à transposer sans aménagements la méthode valable pour les actes contractuels. Il convient, au contraire, de sélectionner les éléments pertinents pour opérer cette qualification. De sorte qu'une méthode propre aux conventions d'administration pourrait se dessiner progressivement. En tous les cas, cette recherche fut l'occasion de dresser un état du droit positif à propos des critères jurisprudentiels. Naguère, le façonnage des critères de qualification semblait occuper une partie importante de l'activité du juge. Mais les interventions répétées du législateur ont vraisemblablement modifié son approche. D'ailleurs, le mutisme du rapport rendu en 2008 par le Conseil d'État traduit tout à fait l'idée que, pour lui, la systématisation des critères jurisprudentiels constitue une préoccupation d'un autre siècle.

Conclusion de titre

714. Bien que ne comportant pas en principe de normes, il faut admettre que les conventions d'administration peuvent constituer des sources de la légalité administrative. Nul doute néanmoins que les situations sont très disparates. Tous ces actes ne participent pas de la même façon à la production juridique. Et, en tout état de cause, on chercherait vainement à ignorer le fait que leur apport est toujours indirect. Mais cela n'empêche pas de s'entendre sur les nombreux effets de droit déployés par les conventions d'administration. Elles interviennent à différents stades de la fabrication du droit et visent généralement à en orienter les choix. De même, il n'est pas difficile de rendre compte du genre administratif de ces procédés d'orientation, bien que les techniques de qualification appliquées aux contrats ne soient pas transposables telles quelles. Le recours au critère organique fournit des résultats probants tandis que les éléments matériels incitent à plus de réserves. Une fois ces spécificités mises en exergue, on ne saurait nier que les conventions étudiées enrichissent les sources du droit administratif. Elles témoignent d'un processus original de création des normes par les personnes publiques.

715. Ces conclusions invitent à formuler deux observations additionnelles. D'une part, la passation de conventions d'administration en vue de diriger l'action publique est très représentative d'une inflation des sources du droit. Les acteurs recourent, en effet, à de multiples instruments pour élaborer leurs actes. Compte tenu de cette préparation textuelle, la prise de décision résulte assez souvent d'un processus long. Sans doute une telle évolution est-elle commandée par des préoccupations tenant à la clarté des choix administratifs. Les méthodes employées permettent ainsi de mieux prévoir les futures décisions émanant des personnes publiques. Mais, ce faisant, elles peuvent aussi participer à la lenteur, souvent critiquée, de la production normative. D'autre part, les effets produits par les conventions d'administration suggèrent un phénomène d'objectivisation de ces actes traditionnellement analysés comme faisant naître un rapport subjectif entre les parties. Ayant vocation à orienter les choix des parties, voire ceux d'autres auteurs, la portée de ces mécanismes dé-

passé les limites qui caractérisent habituellement les contrats, même ceux de droit administratif. En somme, il ne s'agit guère de constituer entre les parties des liens d'ordre patrimonial mais plutôt de permettre une projection du droit. Ces actes ne se contentent pas de produire des effets au-delà du cercle conventionnel, comme c'est le cas des contrats. Il s'agit d'une objectivation de la finalité de l'acte et non pas simplement de ses effets. Dès lors, les conventions d'administration s'intègrent, en tant que référentiels, dans un processus principalement objectif de production normative. Or cet aspect est particulièrement capital. Il l'est bien sûr s'agissant de la manière de concevoir l'action conventionnelle. Mais surtout, il ouvre des perspectives intéressantes à propos des contrôles que pourraient éventuellement subir les conventions d'administration. Car il semble logique que, participant à la production juridique, ces procédés soient soumis à un ensemble d'exigences.

Titre 2

Une soumission imparfaite à la légalité administrative

716. Les contrats administratifs sont encadrés par de nombreuses exigences liées au respect du principe de légalité. Cette soumission connaît d'ailleurs un affermissement remarquable tant au regard des normes que des modalités de contrôle. Les premières se sont étoffées et les secondes précisées. Au vu de cette évolution, l'examen des conventions d'administration offre un contraste saisissant. Malgré leur nature juridique et leur genre administratif, elles ne semblent soumises qu'à de modestes contraintes. Or il est capital d'assortir ces procédés de garanties suffisantes, même si elles peuvent apparaître minimales¹. Car il en va de la sécurité de la relation entre les parties et parfois de la situation des tiers. À ce titre, une analyse menée par M. Douence semble transposable à la situation des conventions d'administration. « L'administration, écrit-il, se crée de nouveaux instruments d'action, le juge les intègre dans l'ensemble du système juridique et les dote des compléments indispensables à la protection de la légalité et des administrés. Cette division des tâches s'impose dans la matière foisonnante des conventions d'entre personnes publiques »². Un processus similaire paraît engagé au sujet des conventions d'administration. En témoignent plusieurs passages du rapport public du Conseil d'État pour 2008 desquels ressort, de manière évidente, le souci du juge administratif de s'emparer de cette question³. Mais encore, l'intensification du recours aux ac-

¹ V. pour une approche comparable, S. NICINSKI, « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA*, 2006, étude n° 11.

² J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 134.

³ V. par ex., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 228-229 : « habitué à signer de nombreux contrats, dont de faux qui ne l'engagent pas, l'État a contribué à jeter le doute sur la promesse et sur le contrat : il promet beaucoup et n'honore pas toujours ses engagements.

tions conventionnelles sous l'impulsion du législateur et surtout de l'administration contraint aujourd'hui la juridiction administrative à trancher les questions de leur qualification et de leur régime juridique.

717. À ces considérations s'ajoute une exigence théorique. Au-delà de la sécurité des relations juridiques, on ne saurait négliger que le contrôle des conventions d'administration est également une question de légalité. Leur contenu non-normatif peut laisser le sentiment que ces actes ne sont pas concernés par de possibles irrégularités. Mais une telle impression est trompeuse. En effet, les illégalités n'affectent pas uniquement les normes. D'autres actes juridiques peuvent encourir des risques similaires. Ainsi n'est-il pas satisfaisant de considérer, *a minima*, que la légalité des actes non-normatifs ne se vérifie pas. Sur un plan théorique, retenir une telle position serait très restrictif. Et, dans le contexte juridictionnel, cela s'apparenterait à une sorte d'incompétence négative du juge. Pour autant, il est légitime que la recevabilité des recours à l'encontre de certains actes soit limitée. Mais cela ne signifie pas qu'aucun contrôle ne puisse être exercé, ne serait-ce que par la voie de l'exception. Il en va du respect du principe de légalité.

718. Nul doute que les conventions d'administration sont régies par des règles permettant de s'assurer de leur validité juridique. Toutefois, il faut bien reconnaître que cette soumission est imparfaite pour deux motifs principaux. D'une part, les normes susceptibles d'encadrer ces procédés conventionnels s'avèrent, en définitive, peu nombreuses. Une quantité importante des règles auxquelles sont soumis les contrats administratifs ne semble pas valoir pour les conventions d'administration. On doit ainsi se résoudre à constater la faible étendue des normes applicables (Chapitre 1). D'autre part, cette carence apparaît d'autant plus manifeste que le contrôle appliqué aux conventions d'administration reste particulièrement discret. Il existe certes des procédures de suivi et d'évaluation des politiques conventionnelles. Mais la résolution des éventuels litiges emprunte très souvent des voies extra-juridictionnelles et le juge n'est guère en mesure d'exercer un contrôle sur ces procédés (Chapitre 2). Toutes ces carences sont amplement justifiées par la nature spécifique des conventions d'administration. Cela n'empêche pas de juger cet état du droit perfectible.

Promouvoir la civilisation du contrat requiert au premier chef que l'État restaure la confiance dans la promesse et dans le contrat, en se pliant lui-même entièrement à ses règles. C'est aussi la raison pour laquelle le Conseil d'État est favorable à la reconnaissance de la valeur juridique de certaines conventions signées par l'État et propose de les assortir, si possible, d'une sanction, pour mieux inciter à leur respect ».

Chapitre 1

Les normes régissant les conventions d'administration

719. Les normes qui encadrent la légalité des contrats administratifs se sont indéniablement enrichies durant ces dernières années. Cette évolution tient à la convergence de plusieurs mouvements visant à enserrer plus strictement les relations contractuelles des personnes publiques. Il s'agit d'une préoccupation contemporaine à laquelle s'ajoute une diversification des sources du droit des contrats administratifs, qui a d'ailleurs tendance à s'amplifier. Tout d'abord, elle passe par l'application de règles issues du droit privé. Le juge administratif « peut [les] appliquer, au besoin même en visant ces textes, s'il lui apparaît que ces règles conviennent aux besoins de la vie publique comme à ceux de la vie privée »¹. Toutefois, cette intégration est marquée aujourd'hui par la volonté du Conseil d'État d'appliquer des droits dont on pouvait penser qu'ils ne visaient que les seules relations privées. Ainsi en va-t-il des droits de la concurrence et de la consommation qui, sous réserve d'impératifs d'intérêt général, régissent désormais les contrats administratifs². Cette évolution résulte ensuite d'un mouvement plus général d'eupéanisation du droit. La multiplication des règles communautaires constitue, en particulier, un phénomène qui concerne directement les contrats passés par les personnes publiques. Pour s'en con-

¹ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 20. V. sur l'ensemble de la question, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003. V. pour un aperçu d'un mouvement d'inspiration réciproque, F. CHÉNEDÉ, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA*, 2009, p. 923.

² V. not., M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, pp. 153-171 ; M. DREIFUSS, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs. Une application équilibrée des droits de la concurrence et de la consommation », *AJDA*, 2002, p. 1373 ; A. LOUVARIS, « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *CMP*, 2007, étude 9 ; C. YANNAKOPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008, p. 421 et s.

vaincre, il suffit de mentionner les exigences découlant du principe de transparence³. Certes, la jurisprudence administrative et les textes nationaux tenaient déjà compte auparavant de cet impératif, notamment s'agissant des marchés publics⁴. Mais le droit communautaire a modifié plusieurs de ses implications. Enfin, on ne saurait achever ce bref inventaire sans noter l'importance grandissante des normes constitutionnelles en la matière. Comme l'observe M. Delvolvé, « l'improbable rencontre de la Constitution et des contrats publics s'est produite : à tous les stades contractuels doivent être respectées des normes tirées de la Constitution »⁵. Toutes ces évolutions affermissent l'idée selon laquelle l'élaboration du droit des contrats administratifs procède finalement peu de la jurisprudence⁶. Elles aboutissent à plus encadrer les actions contractuelles, mais il n'est pas certain qu'elles les encadrent mieux.

720. Au regard de cette profusion normative, la question de l'encadrement des conventions d'administration pourrait, de prime abord, paraître minime. On doit reconnaître que, sur ce point, le contraste est saisissant. Pour autant, en dépit de leur caractère informel, les conventions d'administration ne sont pas signées en dehors de toute règle de droit. Sans doute l'encadrement de ces procédés est-il très en deçà de celui que l'on peut rencontrer pour les marchés publics ou les délégations de service public. Les concepteurs de la planification conventionnelle au niveau régional ne dissimulaient d'ailleurs pas leur souhait que les contrats de plan demeurent peu encadrés. L'exposé des motifs de la loi relative à la réforme de la planification indiquait que « la loi n'a pas à préciser les conditions dans lesquelles doivent s'élaborer les contrats »⁷. Malgré les apparences, cette opinion ne suggérerait pas de renvoyer d'éventuelles précisions au pouvoir réglementaire. Elle indiquait plutôt l'inopportunité d'un tel encadrement. Reste que « la contractualisation ne se déploie

³ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 167-189 ; F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 949 et s. ; F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *CMP*, 2004, chron. 1.

⁴ Et on rappelle que ces règles valent également pour les contrats entre personnes publiques, v. par ex., J.-D. DREYFUS, « L'actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 575.

⁵ P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 499.

⁶ V. sur la part respective des droits écrit et jurisprudentiel dans l'élaboration du droit des contrats administratifs, F. LLORENS, « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in *Mélanges M. Cluseau*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 377 et s. ; v. aussi, R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Marchés publics*, 1980 (n° 167), p. 33.

⁷ Exposé des motifs de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, cité in Ch. Alvergne et P. Musso, *Les grands textes de l'aménagement du territoire et de la décentralisation*, La documentation française, 2003, p. 242.

pas en marge de la légalité mais dans le cadre des principes généraux posés par la loi »⁸. Ce constat peut s'expliquer de plusieurs façons. Il traduit, en premier lieu, la nature juridique des conventions d'administration. Dès lors que ces actes sont intégrés au droit positif, il devient parfaitement logique de les soumettre à un corpus de règles, aussi minime soit-il. En second lieu, cette soumission rend compte des fonctions importantes assurées par les conventions d'administration et, plus particulièrement, des liens qu'elles entretiennent avec certains actes normatifs.

721. Les développements qui suivent ont ainsi un objet simple. Il consiste à dégager les règles applicables aux conventions d'administration. Cette finalité peut être mise en exergue en établissant un parallèle avec une proposition formulée par un auteur italien au sujet de conventions non-contractuelles. « La théorie du contrat de droit public, écrit-il, longtemps délaissée par la doctrine, est en train de connaître une nouvelle jeunesse : *si l'on ne peut pas affirmer que ces accords sont véritablement des contrats [...] il s'agit de déterminer les principes du Code civil qui leur sont applicables* »⁹. Le rapprochement avec le contexte juridique français est édifiant. Il est certes vrai que les moyens diffèrent puisque le droit des contrats administratifs s'est formé par la jurisprudence et partiellement en dehors du droit des obligations¹⁰. Aussi, contrairement au droit italien, la détermination des normes auxquelles sont soumises les conventions d'administration ne se résume pas à opérer un tri parmi les dispositions légales qui régissent les relations privées. Elle repose principalement sur le droit des contrats administratifs. Mais, au-delà de cette différence de méthode, la difficulté paraît du même ordre. Dans les deux cas, il s'avère nécessaire de déterminer un ensemble minimal de normes qui organisent ces procédés conventionnels spécifiques afin de leur assurer une certaine sécurité juridique. Néanmoins, cet encadrement ne doit pas trop restreindre la liberté des personnes publiques. Il faut opérer une conciliation assez subtile entre deux impératifs : préserver la souplesse des conventions d'administration tout en leur offrant un cadre juridique satisfaisant. C'est à ce compromis qu'il convient de tendre en déterminant les règles adéquates.

⁸ J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 81.

⁹ P. SABBIONI, « Les accords entre administrations dans le système juridique italien et la ville », in G. MARCOU, F. RANGEON et J.-L. THIÉBAULT (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, pp. 335-336 (nous soulignons).

¹⁰ V. part., sur les réserves au caractère essentiellement jurisprudentiel du droit des contrats administratifs, F. LLORENS, « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in *Mélanges M. Cluseau*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 377 et s.

722. En définitive, on pourrait postuler que l'analyse renvoie à la détermination des règles applicables à l'ensemble des actes conventionnels, qu'il s'agisse de véritables contrats ou de simples conventions d'administration. Elle consisterait ainsi à définir un socle minimal de légalité. L'idée est séduisante bien que, d'ores et déjà, il ne soit pas sûr que toutes les règles valant pour les conventions d'administration jouent de façon identique pour les contrats. Sans doute existe-t-il des recoupements majoritaires. Mais des règles spécifiques sont, en théorie, susceptibles de régir uniquement certaines conventions d'administration. Cette possibilité ne remet toutefois pas en cause la méthode adoptée. Il s'agira d'envisager les normes susceptibles de jouer, de façon générale, pour les actes conventionnels tout en relevant, le cas échéant, celles qui sont spécifiques aux seules conventions d'administration. Cela suggère d'examiner d'abord les normes dominant l'existence des conventions d'administration (Section 1), puis celles relatives à leur exécution (Section 2).

Section 1 : Les normes régissant l'existence des conventions d'administration

723. Tout au long de cette étude, les conditions de validité des conventions ont été envisagées. Qu'il s'agisse du consentement, de la capacité, de la compétence, de la cause, de l'objet, ou même des exigences formelles, des développements leur ont déjà été consacrés. Cela justifie de ne pas insister une nouvelle fois sur plusieurs de ces éléments. Toutefois, il convient d'évoquer certains d'entre-eux de nouveau en adoptant ici une optique différente. Le résultat escompté n'est plus, en effet, de dessiner les contours d'un concept en mettant en exergue ses caractères distinctifs mais désormais d'identifier les normes permettant l'existence juridique des conventions d'administration. De sorte qu'il s'agit de signaler quelques spécificités touchant à la formation des conventions d'administration et qui sont directement liées à la nature de ces procédés. Cette optique réduit en pratique le champ d'analyse pertinent. Finalement, on est conduit à diriger les recherches vers les règles portant sur la conclusion de ces actes, ce qui appelle une comparaison dont les déductions sont radicales. Bien qu'elle soit organisée, la passation des conventions d'administration est, fort logiquement, loin d'atteindre un degré de complexité comparable à celui des contrats administratifs (Sous-section 1). Par ailleurs, un sort particulier doit être réservé à la publicité des conventions d'administration. Il ne s'agit certes pas d'une condition de validité mais bon nombre de ces actes sont publiés. Or si cette formalité ne traduit pas des préoccupations similaires à celles des contrats, elle recouvre tout de même des objectifs importants (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Une passation organisée

724. Au cours des dernières années, c'est sans doute au niveau de la passation des contrats administratifs que l'encadrement normatif s'est étoffé le plus. Des préoccupations légitimes, tenant en particulier à la mise en concurrence des prestataires, ont conduit à enrichir les règles gouvernant la conclusion de ces actes. Cette évolution vise à assainir, à « moraliser »¹¹, les relations entre les entités publiques qui désirent satisfaire un besoin et les opérateurs qui évoluent sur un marché économique. Ce mouvement préserve aussi, il est vrai, les intérêts et l'égalité desdits opérateurs quant au processus de sélection. Mais il s'agit avant tout d'aspirer à une bonne administration. Ces règles doivent permettre d'opérer les meilleurs choix. Et si l'on peut juger l'état du droit perfectible selon les catégories contractuelles, il faut souligner combien ces règles demeurent essentielles pour l'intérêt général. Au vu de cette finalité, il est possible de nourrir des doutes sur l'encadrement procédural des conventions d'administration. Rien ne laisse augurer, en effet, une réglementation comparable à celle de la plupart des contrats. On peut au contraire imaginer que les conventions d'administration ne sont guère soumises à de telles exigences. Car elles visent moins à choisir un partenaire qu'à déterminer des directives à respecter. Dès lors, il ne semble pas aussi impérieux d'encadrer leur conclusion. Cette intuition se vérifie aisément (§1) mais elle ne soustrait pas les parties au respect de plusieurs règles élémentaires (§2).

§1. L'exclusion des règles spécifiques à la commande publique

725. Admettre l'élaboration d'un droit de la commande publique transcendant les catégories contractuelles est devenu chose courante¹². Il est ainsi possible de souscrire à l'affirmation selon laquelle on s'acheminerait vers « un régime commun de formation des contrats administratifs qui seraient soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence »¹³. C'est en tout cas autour de ces règles que s'articulent généralement les régimes contractuels. Cependant, pour diverses raisons, la réalisation d'un Code de la commande publique demeure hypothétique. Du moins, elle

¹¹ V. not., pour une présentation historique, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., p. 337 et s.

¹² V. par ex., s'agissant uniquement des procédures de recours, J.-D. DREYFUS, « L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédure de recours », *AJDA*, 2010, p. 148.

¹³ Ch. MAUGÜÉ, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.

constitue encore une perspective lointaine¹⁴. Cela n'empêche pas une doctrine majoritaire d'en souhaiter la conception afin que soient réunis les principes essentiels dirigeant la matière¹⁵. Quoi qu'il en soit, et au-delà de la question d'une éventuelle codification, l'importance des règles de mise en concurrence et, plus globalement, du principe de transparence semble indéniable pour l'existence des contrats administratifs. Or ce simple constat autorise à opérer une distinction nette dans la mesure où ces normes ne s'appliquent pas aux conventions d'administration. Alors que l'affermissement des exigences concurrentielles est aujourd'hui caractéristique du droit des contrats administratifs, celui-ci épargne logiquement les autres procédés conventionnels. Il n'est guère difficile de comprendre de manière intuitive cette différence. Mais des motifs peuvent être avancés pour justifier l'exclusion des règles spécifiques à la commande publique.

726. En premier lieu, les règles tenant à la mise en concurrence doivent être écartées pour la raison simple que les conventions d'administration ne supposent jamais d'opérer un choix entre plusieurs partenaires potentiels. En définitive, les signataires sont fréquemment désignés par les textes instituant un procédé conventionnel. Tel est le cas des contrats de projets dont les parties, identifiées par la loi, sont toujours l'État et une région¹⁶. Dans le même sens, les contrats de plan prévus par la loi relative aux nouvelles régulations économiques engagent nécessairement l'État et une entreprise du secteur public placée sous sa tutelle¹⁷. On pourrait encore prendre pour illustration les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens signés

¹⁴ À cet égard, il est symptomatique que le rapport public du Conseil d'État pour 2008 réserve peu de développements à cette question, v. cependant, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 253-256. V. sur les difficultés tenant à la délimitation des actes visés par l'entreprise de codification, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, not. pp. 550-556.

¹⁵ V. not., P. DELVOLVÉ, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481 et s. ; Y ; GAUDEMET, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public-privé) », *RJEP*, 2004, p. 1 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Pour un Code de la commande publique », *CMP*, 2006, repère 2 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le grand désordre du droit de la commande publique », *CMP*, 2009, repère 7 ; F. MODERNE, « À propos de la codification du droit des contrats publics. Réflexions sur l'expérience française », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 433 ; Ch. PREBISSY-SCHNALL, « Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique », in *Droit et économie, interférences et interactions. Mélanges M. Bazex*, Litec, 2009, p. 261 ; N. SYMCHOWICZ, « Pour un Code des contrats de la commande publique », *CMP*, 2007, étude 4.

¹⁶ V. en ce que les contrats de projets poursuivent l'initiative des contrats de plan, la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

¹⁷ V. l'art. 140 de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

entre une agence régionale de santé et un établissement public de santé¹⁸, ou bien certaines conventions d'objectifs et de gestion passées entre l'État et ses établissements publics¹⁹.

Dans d'autres hypothèses, la faculté de conclure un tel acte semble circonscrite, en pratique, à certaines personnes. Il en va ainsi s'agissant des contrats d'objectifs et de moyens signés au sein de la juridiction administrative. Comme le note le rapport public pour 2008²⁰, ces procédés ont été choisis librement par le Conseil d'État pour affecter de nouveaux moyens en fonction de la réalisation d'objectifs. Or les signataires ne pouvaient être ici que les cours administratives d'appel²¹. Et il n'était pas nécessaire de se livrer à une sélection préalable. La même évidence ressort de plusieurs conventions conclues entre des collectivités publiques. Il est logique que la signature d'un acte dont l'objet est la rénovation d'un territoire ne concerne qu'un nombre restreint et déterminé de personnes juridiques. Sans qu'un texte n'ait besoin de le prévoir, il peut s'agir d'une commune dont relève, au moins pour partie, ledit territoire, mais aussi du département et de la région dans lesquels cette collectivité se trouve incluse. On le conçoit, les partenaires ne sont certainement pas pléthoriques. En dépit de la diversité des hypothèses, la passation des conventions d'administration ne repose donc pas sur une sélection parmi un certain nombre de candidats. Elle ne suppose pas une pluralité d'offres car, dans chacun de ces cas, les parties sont toute désignées. Aussi paraît-il superflu de s'interroger sur cet aspect. De sorte que les signataires s'appliquent directement à définir les engagements réciproques que contiendra la future convention.

727. Cette présentation montre la situation particulière des conventions d'administration. Les concernant, il n'existe aucune forme d'attribution comparable à celle que l'on rencontre pour les marchés publics. Cela témoigne d'une différence touchant à la conception de l'action publique, que traduisent des observations jadis formulées par André de Laubadère. « La formation des contrats administratifs, écrivait-il, comporte en ce qui concerne le choix du cocontractant des éléments importants de particularisme. Ce particularisme consiste dans une certaine restriction de la liberté contractuelle. Les collectivités publiques ne bénéficient pas toujours de la li-

¹⁸ V. Part. L. 6114-1 du Code de la santé publique.

¹⁹ V. Part. L. 14-10-1 II du Code de l'action sociale et des familles.

²⁰ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 37-38.

²¹ Éventuellement, cette opération aurait pu être envisagée avec les tribunaux administratifs. Il s'agit là d'une simple question d'opportunité.

berté de choisir leurs cocontractants ; *elles sont dans certains cas tenues d'employer des modes de conclusion du contrat qui excluent cette liberté* »²². Même si une telle affirmation peut, *a posteriori*, sembler excessive en raison de la consécration de la liberté contractuelle²³, elle souligne bien la restriction qui affecte la passation des contrats administratifs. Les limites imposées aux autorités administratives trouvaient une explication historique dans la protection des deniers publics²⁴. Ce motif paraît aujourd'hui secondaire. D'autres préoccupations tenant à l'intérêt général et à la mise en concurrence des opérateurs économiques justifient dorénavant ces restrictions. Sans doute le pouvoir adjudicateur dispose-t-il d'une marge de manœuvre non-négligeable. Mais ses choix demeurent bornés par des limites tout à fait logiques. Il suffit de relever cette différence fondamentale entre les contrats et les conventions d'administration pour formuler plusieurs déductions.

728. Tandis que la plupart des contrats sont soumis à une obligation de mise en concurrence, l'application de ce principe aux conventions d'administration ne paraît donc pas justifiée²⁵. La conclusion de ces actes ne repose pas sur le choix d'un candidat. Le plus souvent, les parties sont imposées et seul le fond est discuté pour ces opérations inter-administratives. Dès lors, sauf une improbable disposition législative contraire, l'obligation de mise en concurrence ne saurait jouer pour les conventions d'administration. Cette opinion semble partagée au sein de la doctrine. En ce sens, un auteur écrit : « alors que les relations contractuelles entre les personnes publiques sont peu à peu envahies par le droit de la concurrence [...], il ne peut en être ainsi des accords entrant dans le champ de l'administration contractuelle »²⁶. Et c'est pourquoi cette situation n'est pas sans rappeler, à certains égards, celle des con-

²² A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 257 (nous soulignons).

²³ CE Sect., 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, *Rec.*, p. 20.

²⁴ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 257.

²⁵ V. not., CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, *Rec.*, tab., (à paraître) : « la convention d'objectifs et de moyens du 9 avril 2009 se borne à inciter la CNAF à diffuser gratuitement sur l'ensemble du territoire national, par le biais du site mon-enfant.fr, les informations relatives aux structures d'accueil recueillies par celle-ci auprès des collectivités territoriales et des acteurs de la petite enfance ; qu'ainsi, elle ne la charge pas d'exercer une activité économique emportant intervention sur un marché ; que, par suite, et en admettant même que cette convention ait pu inciter certains départements à ne pas créer ou développer leur propre site d'information ni, en conséquence, à faire appel à cette fin à des prestataires extérieurs, elle n'est contraire ni au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ni, en tout état de cause, au droit de la concurrence ».

²⁶ Y. JÉGOUZO, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 551.

trats *in house* consacrés par la jurisprudence européenne²⁷. Comme l'écrit M. Delaunay, « il s'agit des cas où le pouvoir adjudicateur est en relation avec une entité qui est entièrement sous sa dépendance, ce qui rend sans objet la mise en concurrence »²⁸. Toutefois, ce rapprochement ne vaut que pour un nombre assez restreint de conventions d'administration. Il vise essentiellement les actes conclus au sein d'une même personne juridique. Au surplus, la particularité de ces procédés réside dans le fait que l'absence de mise en concurrence est ici la règle, alors que les contrats *in house* constituent une exception. Le rapprochement ne peut donc s'opérer sans réserves.

Sous l'influence du droit communautaire²⁹, le respect des règles de la concurrence devient pour les contrats de la commande publique un des piliers du contrôle juridictionnel. Cela consiste, bien entendu, à prendre en compte l'intérêt des candidats malheureux et, plus largement, de satisfaire l'intérêt général en permettant d'optimiser le choix des pouvoirs publics. Dans l'application du droit de la concurrence réside ainsi un aspect important de la différenciation des conventions d'administration qui, étant exclues de la catégorie des contrats, sont également soustraites à certaines règles³⁰. Par suite, il faut veiller à ce que l'inapplication de ces normes concurrentielles ne constitue jamais un prétexte à la conclusion d'une convention d'administration. Les parties ne sauraient recourir à ces procédés pour échapper aux règles de mise en concurrence. Une telle manœuvre serait, de toute façon, repérée sans difficulté par le juge.

729. En second lieu, le principe de transparence qui recouvre les contrats de la commande publique ne saurait, lui non plus, s'appliquer aux conventions d'administration. Cette exigence bénéficie désormais d'une consécration aux niveaux constitutionnel et européen. Si le Conseil constitutionnel a d'abord vu dans la trans-

²⁷ V. part., CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, I, p. 8121 ; CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec.*, I, p. 1 ; CJCE, 13 oct. 2005, *Parking brixen GmbH*, aff. C-458/03, *Rec.*, I, p. 8612 ; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, *Rec.*, I, p. 4137 ; CJCE, 19 avr. 2007, *Asemfo*, Aff. C-295/05, *Rec.*, I, p. 2999 ; CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, *Rec.*, I, p. 8457.

²⁸ B. DELAUNAY, « L'exception *in house* aux exigences du droit de l'Union européenne en matière de mise en concurrence », *RDP*, 2011, p. 723.

²⁹ J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 266, 2011, pp. 279-288.

³⁰ V. aussi, pour une distinction implicite au sein de la jurisprudence de l'Union européenne, CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

parence un simple « objectif général »³¹, il l'a ensuite élevée au rang de principe de la commande publique³². Mais, en vérité, le fondement de la transparence se situe surtout dans la jurisprudence communautaire. La décision *Telaustria* énonçait déjà auparavant que les entités adjudicatrices sont « tenues de respecter [...] le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté »³³. Cette consécration est d'autant plus forte qu'elle donne lieu à une interprétation finaliste extensive. Comme le remarque M. Richer, « la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît au principe une force d'expansion considérable, qui a provoqué quelques bouleversements du droit national »³⁴. Résulte alors de la combinaison des jurisprudences une signification parfois confuse du principe de transparence.

Pour rendre compte de l'inadéquation de cette obligation s'agissant des conventions d'administration, on peut se reporter aux travaux de M. Llorens. Cet auteur a montré combien le principe de transparence jouait en matière contractuelle tout en relevant diverses apories³⁵. Son influence se matérialise par le biais de règles plus précises. En bref, soit il sert d'instrument d'interprétation pour les juges, soit il conduit à étoffer les règles de concurrence auxquelles sont soumis les contrats administratifs³⁶. Dans cette mesure, on pourrait juger inopportun de lui réserver des développements spécifiques. Ne faudrait-il pas, en effet, lier ce principe aux règles de mise en concurrence et de publicité ? Une telle approche ne semble pas toujours pertinente : en raison de ses sources propres et de ses potentialités – certes imprécises mais manifestes – il est tout aussi légitime de l'évoquer seul. En particulier, la transparence affecte le principe selon lequel les contrats de l'administration peuvent être librement souscrits³⁷. Lorsque l'acte relève de la commande publique, l'absence de règles de mise en concurrence et de publicité se trouve, en théorie, compensée

³¹ CC, 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, 92-316 DC, *Rec.*, p. 14.

³² CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 2003-473 DC, *Rec.*, p. 382.

³³ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadres*, aff. C-324/98, *Rec.*, I, p. 10745 (nous soulignons).

³⁴ L. RICHER, « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 1, p. 176.

³⁵ F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *CMP*, 2004, chron. 1.

³⁶ *Ibid.*, chron. 1.

³⁷ CE Sect., 12 oct. 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, *Rec.*, p. 326. Même si cette décision ne vise que les contrats d'assurances, la doctrine y voit traditionnellement un principe dont la portée est générale.

par l'exigence de transparence. Par suite, l'administration jouit d'une liberté procédurale dans des situations limitées. En attestent par exemple les conventions d'occupation du domaine public³⁸, les conventions de subventionnement³⁹ sans oublier les activités dites hors-marché.

Ainsi décrits, les effets produits par le principe de transparence à l'endroit des contrats ne sont pas transposables aux conventions d'administration. Puisqu'ils sont attachés à l'égalité des candidats, on peut aisément en écarter l'application. Plus précisément, le juge communautaire y perçoit un corollaire de l'exigence de non-discrimination⁴⁰. Or cette approche semble tout à fait inadéquate à propos des conventions d'administration. Comme cela a été précédemment souligné, leur passation n'implique pas d'opérer un choix entre plusieurs personnes juridiques. Il n'y a donc pas lieu de prévoir une obligation de transparence envisagée sous cette acception. En revanche, cela n'empêche pas de souhaiter que les parties aient un souci de clarté dans leurs relations. Il ne s'agit certes pas d'un but à atteindre pour les signataires mais cela est souhaitable pour la lisibilité et la connaissance des actions administratives. Par ailleurs, la fonction prospective des procédés visés incite plus encore à la transparence. Reste que la satisfaction de cette exigence trouve des limites logiques dans le secret souvent nécessaire au bon déroulement des négociations conventionnelles. En toute hypothèse, il ne saurait s'agir d'exigences comparables à celles qui touchent la plupart des contrats administratifs. Les parties ne sont pas tenues à la transparence mais peuvent la juger profitable.

730. Au surplus, les développements précédents sont confirmés par l'attitude plutôt conciliante des institutions européennes. Fort logiquement, l'exclusion des règles de la commande publique a été consacrée par la Cour de justice des Communautés européennes au sujet de procédés conventionnels proches des conventions d'administration. Cette juridiction a rendu, en ce sens, une jurisprudence assez explicite. Dans un arrêt *Commission c/ Allemagne*, rendu en 2009, elle a admis qu'un contrat de coopération entre des collectivités publiques puisse être passé sans qu'il soit besoin de procéder à une quelconque mise en concurrence⁴¹. La solution retenue

³⁸ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, *Rec.*, tab., p. 890 ; CE Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *Rec.*, (à paraître) ; v. part., N. ESCAUT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *BJCP*, 2011, pp. 44-45.

³⁹ V. not., É. GINTRAND et G. GOUAISLIN, « La contractualisation des subventions publiques », *DA*, 1998, chron. 9.

⁴⁰ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec.*, I, p. 10745.

⁴¹ CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, *Rec.*, I, p. 4747.

par le juge communautaire tient compte des circonstances singulières qui entoureraient la conclusion de cet acte. Ainsi que le souligne M. Linditch, « on ne peut qu'être frappé de la souplesse des engagements. Rien d'impératif ni de précis, encore moins de pénalités. [...] Si l'on devait régler le curseur entre les deux pôles du cahier des charges et d'une simple obligation d'assistance mutuelle, la convention de coopération examinée par la Cour se situerait plus près de cette dernière »⁴². Pour autant, la jurisprudence communautaire porte sur de véritables contrats. Elle ne peut donc être transposée telle quelle mais permet de nourrir la réflexion. En effet, on peut juger, *a fortiori*, que les conventions d'administration ne requièrent jamais la mise en œuvre des règles de la commande publique. Plus précisément, l'exception consacrée par la Cour de justice est susceptible d'être étendue à l'ensemble des actes conventionnels, contractuels ou non, dès lors qu'ils répondent à trois conditions cumulatives. Ils doivent être conclus entre personnes publiques, pour l'accomplissement d'un service public et ne doivent pas supposer la passation d'un marché pour leur exécution⁴³. De toute évidence, les conventions d'administration remplissent bien l'ensemble de ces exigences. Il est ainsi fort probable que la tolérance bienvenue de la Cour de justice vaudrait également à l'endroit de ces procédés. Dans cette mesure, la jurisprudence communautaire apporte une confirmation quant à l'exclusion des règles de la commande publique. Mais il va sans dire que, du fait de leur nature, les conventions d'administration n'intéressent pas directement la Cour de justice. Aussi est-il peu probable qu'elle se prononce un jour explicitement sur leur régime. À défaut, la politique jurisprudentielle européenne donne des indications supplémentaires pour réduire l'analyse aux règles classiques de l'administration publique.

§2. L'application des règles classiques de l'action publique

731. Pour être valide, tout acte juridique se trouve soumis à certaines exigences. De la satisfaction de celles-ci dépend l'existence régulière d'une manifestation de volonté donnée en droit⁴⁴. Cela peut théoriquement se réduire à de simples

⁴² F. LINDITCH, note sous l'arrêt CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, *JCP A*, 2009, comm. 2248, p. 30.

⁴³ CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, C-480/06, *Rec.*, I, p. 4747 (pt. 44).

⁴⁴ V. not., H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, pp. 81-82. V. pour une présentation différente fondée sur « la règle de reconnaissance », H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, pp. 127-138. V. égal., Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 2, pp. 432-493.

règles habilitant une autorité à prendre tel ou tel acte. Mais, peu importe la rigueur de l'encadrement normatif, la qualité d'acte juridique suppose toujours d'y satisfaire. Les conventions d'administration n'échappent pas à ce principe. Et si elles ne bénéficient guère de règles spécifiques s'agissant de leur conclusion, elles doivent au moins respecter plusieurs règles classiques de l'administration publique. Il ne résulte pas ainsi de l'absence d'impérativité des stipulations conventionnelles l'inexistence de règles applicables. Il n'est pas indispensable d'insister trop longuement sur cet aspect dans la mesure où il ne s'agit pas d'une particularité liée à la nature des conventions d'administration. Ainsi que l'observe M. Gaudemet, « les “actions administratives informelles” sont des actes juridiques (et non de simples comportements) imputables aux personnes publiques et [...], comme tels, ces actes sont soumis à une procédure, incluant le respect de “règles de compétence et de forme” »⁴⁵. Au demeurant, nombre de ces exigences ont déjà fait l'objet de développements au cours de cette étude. Tel est en particulier le cas des conditions touchant à l'expression des consentements⁴⁶ ou encore à la capacité et à la compétence juridiques⁴⁷. Notons en revanche que cette soumission de confirmer une nouvelle fois l'intégration de ces procédés au droit.

En ce sens, il se peut qu'un texte limite la signature de conventions d'administration à certaines entités. Ces procédés sont alors dédiés à quelques personnes juridiques déterminées. La meilleure illustration est fournie par les contrats de plan autrefois passés entre l'État et les régions⁴⁸. La présence de ces parties constituait, de la sorte, une exigence légale. Pour autant, elle n'interdisait pas que d'autres acteurs puissent participer à la conclusion de l'acte, loin s'en faut. Inutile de dire que cette participation aléatoire ne s'analysait pas quant à elle comme une condition de régularité de la convention. À cette première condition générale s'en ajoute une autre tenant au respect des règles habilitant une autorité à signer l'acte. À l'instar des contrats, les conventions d'administration doivent être conclues au nom d'une personne publique et par une autorité compétente⁴⁹. Il semble que cette habilitation

⁴⁵ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, p. 646.

⁴⁶ V. *supra*, n° 58 et s.

⁴⁷ V. *supra*, n° 310 et s.

⁴⁸ Art. 12 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

⁴⁹ V. pour une illustration parmi beaucoup d'autres, l'art. L. 14-10-1 II du Code de l'action sociale et des familles : « L'autorité compétente de l'Etat conclut avec la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie une convention d'objectifs et de gestion comportant des engagements réciproques des signataires. [...] La convention d'objectifs et de gestion est conclue pour une période minimale de quatre ans. Elle est signée, pour le compte de la caisse, par le président du conseil et par le directeur » (nous soulignons). V. aussi, l'art. 4 du décret n° 83-32 du 21

corresponde la plupart du temps à celle qui vaut pour les contrats. En d'autres termes, l'autorité compétente pour signer un contrat l'est aussi pour signer une convention d'administration⁵⁰. Il s'agit en pratique d'une attribution qui relève du pouvoir exécutif d'une institution juridique⁵¹. C'est-à-dire par exemple du maire d'une commune ou encore du président d'un établissement public. Respecter la qualité des personnes juridiques et la compétence des autorités qui conviennent sont autant d'exigences élémentaires conditionnant l'existence des conventions d'administration. Notons surtout que ces normes ne requièrent pas l'édiction de textes spécifiques pour chaque sorte d'actes. Elles régissent globalement les actions conventionnelles des personnes publiques en tant que principes fondamentaux de l'organisation administrative. Or tel n'est pas le cas d'autres normes qui, selon la volonté du législateur ou du pouvoir exécutif, peuvent s'appliquer pour un type de convention.

732. En plus de ces règles générales, il arrive en effet que certaines conventions d'administration soient soumises à des exigences complémentaires. Ces ajouts ne visent souvent qu'un nombre limité d'actes. Leur étude s'avère néanmoins utile, ne serait-ce que pour soutenir l'existence d'un encadrement normatif des conventions d'administration. Tout d'abord, la signature d'une convention d'administration est parfois soumise à des procédures consultatives. Celles-ci doivent intervenir au cours de l'élaboration de l'acte et constituent, en toute logique, un élément de leur régularité. Ainsi, en vue de parfaire les contrats de plan régional de développement des formations professionnelles, ceux-ci ont été soumis à une obligation de consultation auprès des départements concernés⁵². De même, le législateur a prévu des procédures de consultation à propos des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens en matière de santé. Leur passation est notamment soumise à la saisine d'une organisation nommée conférence médicale d'établissement⁵³. On pourrait égrener les illustrations mais cela n'aurait pas grand intérêt⁵⁴. Mieux vaut décrire d'autres modes d'encadrement des conventions d'administration.

janv. 1983 relatif aux contrats de plan entre l'État et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, *JORF*, 23 janv. 1983, p. 394. V. pour une illustration jurisprudentielle, CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, *Rec.*, tab., (à paraître).

⁵⁰ V. not., *supra*, n° 310 et s.

⁵¹ Rappelons que cette compétence est limitée, en principe, à la seule signature puisque l'engagement de la personne juridique est une attribution de l'organe délibérant.

⁵² V. l'art. L. 214-13 du Code de l'éducation.

⁵³ V. l'art. L. 6161-2 du Code de la santé publique.

⁵⁴ On se contentera ici de mentionner un exemple concernant le domaine social, v. l'art. L. 311-8 du Code de l'action sociale et des familles, et un autre visant les contrats urbains de cohésion sociale qui doivent, avant si-

Certains textes suggèrent à ce propos une obligation relative à la négociation de l'acte. En ce sens, l'article L. 211-2-2 du Code de la sécurité sociale paraît supposer que le directeur d'une caisse primaire d'assurance maladie est tenu de négocier, avant de le signer, le contrat pluriannuel de gestion⁵⁵. Il arrive enfin qu'un texte encadre de façon générale la passation de plusieurs conventions d'administration. Tel est le cas des *contrats* signés à propos de la gouvernance de l'eau : par un arrêté du 30 janvier 2004 ont ainsi été fixées des règles procédurales scrupuleuses comme le relève le rapport public du Conseil d'État pour 2010⁵⁶. Peuvent également être mentionnées ici les conventions d'utilité sociale qui obéissent à diverses formalités⁵⁷. L'opportunité de toutes ces normes est, en tous les cas, laissée à la discrétion des pouvoirs publics. Et s'il est possible de constater ponctuellement un renforcement de l'encadrement juridique, cela affecte assez peu le caractère informel des conventions d'administration. Au-delà d'exigences élémentaires, il est d'ailleurs souhaitable de ne pas rendre trop complexe leur conclusion. Car, dans l'hypothèse inverse, on ruinerait la souplesse qui imprègne ces actions. Pour importante qu'elle soit, la question du degré d'encadrement reste néanmoins secondaire dans le cadre de cette étude. Elle relève plutôt de la pratique. L'exposition de ces normes visait d'abord à rendre compte de la présence de normes minimales dominant la passation des conventions d'administration. Cela appelle des développements complémentaires au sujet de la publicité dont l'intérêt est grand pour les contrats administratifs.

gnature, faire l'objet d'un examen du préfet de région dont le but est en particulier de s'assurer de l'adéquation entre les objectifs financiers et l'enveloppe régionale, v. Circulaire du 24 mai 2006 relative à l'élaboration des contrats urbains de cohésion sociale, §3 (document consulté sur le site www.circulaires.gouv.fr). V. aussi, les étapes d'élaboration des contrats de plan, Y. CARSALADE, « La première génération de contrats de plan État-régions, 1984-1988 », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n°29), p. 47 et s. ; M. CASCALES, « 1994-1998, les contrats de plan État-région », *RFFP*, 1995 (n° 52), pp. 143-145. V. aussi, pour une approche plus générale de la question, CE, Rapport public, *Consulter autrement. Participer effectivement*, EDCE, n° 62, 2011.

⁵⁵ Art L. 211-2-2 du Code de la sécurité sociale : « le directeur dirige la caisse primaire d'assurance maladie [...] *il négocie et signe le contrat pluriannuel de gestion* » (nous soulignons).

⁵⁶ CE, Rapport public, *L'eau et son droit*, EDCE, n° 61, 2010, pp. 87-88. Tel fut remarquablement le cas naguère des contrats de plan État-région, v. le décret n° 83-32 du 21 janv. 1983 relatif aux contrats de plan entre l'État et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, *JORF*, 23 janv. 1983, p. 394.

⁵⁷ V. surtout, la circulaire du 12 avr. 2010 relative aux conventions d'utilité sociale des organismes d'habitations à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte et des unions d'économie sociale.

Sous-section 2 : Une publicité assurée

733. Exposer les règles qui conditionnent la validité des conventions d'administration invite à envisager leur publicité. Une telle étude mérite même des développements particuliers en considération du double rôle que remplit cette exigence à propos des contrats administratifs. En effet, dans plusieurs hypothèses, une publicité est organisée pour assurer une concurrence régulière entre les candidats⁵⁸ et, *in fine*, pour porter l'acte à la connaissance de tous. Cette idée générale distingue les contrats administratifs des actes administratifs unilatéraux. Les contextes étant différents, ces derniers ne sont publiés que pour assurer leur applicabilité. Plus précisément, et comme le souligne M. Seiller, « la publicité sert « uniquement » [ici] à rendre l'acte opposable : elle n'a aucune influence sur sa légalité »⁵⁹. Tel n'est pas le cas s'agissant des contrats administratifs car l'utilisation de la publicité à des fins de mise en concurrence en fait une condition de régularité⁶⁰. De ce point de vue, il faut bien reconnaître que la publication des conventions d'administration pose infiniment moins de difficultés. Pour des raisons analogues à celles déjà relevées, cette opération s'avère facultative à propos de ces actes (§1.). Mais cela n'empêche pas que leur publicité soit, le plus souvent, assurée en pratique (§2.).

§1. Une publicité facultative

734. À la différence des contrats de la commande publique, il n'existe pas d'obligation de publicité au sujet des conventions d'administration. D'emblée, on doit reconnaître que cette formalité ne soulève pas du tout les mêmes enjeux selon la catégorie visée. Pour de nombreux contrats administratifs, il s'agit d'une exigence liée au principe de transparence et associée à la mise en concurrence des opérateurs économiques. Pour les conventions d'administration, la publicité se résume, en pratique, à une préoccupation d'information des administrés. Dans cette mesure, il n'est pas difficile de comprendre le faible intérêt que représenterait le fait d'imposer aux parties de publier l'acte conclu. La doctrine s'interroge d'ailleurs assez peu sur

⁵⁸ V. pour une présentation générale bien que ne correspondant plus au droit positif, A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 265 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, p. 594 et s. V. s'agissant des marchés publics, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, éditions du Moniteur, 3^{ème} éd., 2009, pp. 263-269.

⁵⁹ B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 158.

⁶⁰ Et ce depuis fort longtemps, v. par ex. sur l'insuffisance d'une publicité, CE, 6 avr. 1935, *Sieurs Marchesini et Simongiovanni*, *Rec.*, p. 460 ; V. part., J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, not. pp. 299-310.

cette question. Et lorsqu'elle s'y intéresse, c'est pour estimer à propos des contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques qu'une telle exigence « se retournerait probablement contre l'institution »⁶¹. Ce constat ne vaut certes pas pour l'ensemble des conventions d'administration. On peut néanmoins y souscrire lorsque sont en cause des intérêts industriels ou économiques majeurs. Quoi qu'il en soit, l'absence d'obligation de publier les conventions d'administration appelle moins une argumentation juridique que de simples remarques.

735. Premièrement, le caractère facultatif de la publicité est lié à la faible quantité de textes portant sur la passation des conventions d'administration. Sans doute cela n'est-il pas décisif. Il reste cependant qu'aucune disposition générale ne prescrit l'obligation de procéder à des mesures de publication. Cette remarque rejoint plusieurs observations précédentes au sujet de la rareté des lois ou règlements instituant de tels instruments. Mais le constat est plus radical encore. Même lorsque des textes permettent la signature de conventions d'administration, on ne juge pas utile de prévoir la publicité de ces dernières. Ainsi, non seulement l'absence d'obligation de publication résulte d'un manque d'encadrement juridique, mais elle manifeste aussi, et surtout, la volonté des pouvoirs publics de ne pas contraindre les parties. Il s'agit vraisemblablement de laisser à la discrétion des auteurs de l'acte le soin de le publier ou non. En ce sens, une circulaire relative aux contrats locaux de sécurité détaille leur élaboration puis se borne à rappeler aux parties qu'elles doivent adresser un exemplaire de l'acte à plusieurs ministres⁶². Hormis cette formalité, il n'y a pas à proprement parler de modalité de publicité pour ces contrats. De même, les contrats de plan État-région, bien que soumis à des contraintes procédurales, ne devaient pas être obligatoirement publiés⁶³. Est ainsi confirmé le mutisme des textes s'agissant de la publication des conventions d'administration. Tout semble indiquer qu'il s'agit d'une simple faculté pour les parties.

736. Secondement, aucune obligation de publicité ne paraît, en tout état de cause, devoir être introduite s'agissant de ces procédés. Contraindre les auteurs à toujours diffuser la convention passée n'est, en effet, pas souhaitable. Cela ne correspondrait guère à l'essence informelle de ces instruments juridiques. Et on peut fort bien promouvoir ces actions administratives, chercher à améliorer leur enca-

⁶¹ M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70.

⁶² Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757, §III b.

⁶³ V. le décret n° 83-32 du 21 janv. 1983 relatif aux contrats de plan entre l'État et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, *JORF*, 23 janv. 1983, p. 394

drement, sans pour autant exiger qu'elles soient constamment soumises à une obligation de publication. Une telle contrainte, si elle ne priverait pas d'effet utile les conventions d'administration, pourrait nuire à leur souplesse et même contribuer à la réduction de leur nombre compte tenu des réticences éventuelles des parties. Mais surtout, l'absence d'obligation se justifie par les effets que déploient les conventions d'administration. Dans la mesure où elles ne produisent pas de conséquence immédiate à l'endroit des administrés, leur diffusion ne semble pas indispensable⁶⁴. Elles ont vocation à orienter l'action administrative. Aussi, bien qu'elles ne soient pas dépourvues d'effets, leur réalisation est, par principe, médiante. Cet aspect suffit à écarter toute obligation de publicité à leur égard. Ajoutons à cela que les parties ont souvent intérêt à publier l'acte conclu, elles y procèdent donc spontanément. Nul n'est besoin d'une prescription juridique pour y parvenir car sans cette formalité les conventions d'administration ne présenteraient souvent guère d'intérêt. Au surplus, il est révélateur que les études parlementaires relatives à ces procédés ne réservent pas de développement à cet aspect. Ce sont les évaluations de la réalisation des objectifs qui attirent plutôt leur attention. Puisque les parties ne sont pas toujours disposées à diffuser ces informations, un rapport préconise de prescrire la publicité de l'exécution des engagements⁶⁵.

737. Tout ceci aboutit au constat que la consécration d'une obligation de publier les conventions d'administration ne serait pas opportune. Le choix laissé aujourd'hui aux parties est satisfaisant. Il apparaît, en quelque sorte, comme un prolongement de la liberté conventionnelle dont elles disposent. En raison des effets déployés par les conventions d'administration, on pourrait aussi comprendre que les signataires préfèrent ne pas diffuser l'acte conclu. Tel n'est généralement pas le cas. Les parties préfèrent, en pratique, adopter des mesures de publicité.

§2. Une publicité effective

738. Malgré l'absence de réelles contraintes juridiques, les conventions d'administration font assez souvent l'objet d'une publicité. Un usage veut que les parties procèdent habituellement à cette formalité. Cela est heureux pour l'accessibilité de l'action publique qui constitue un objectif capital. Et on ne peut que souscrire à la critique jadis formulée par M. Douence à propos de l'opacité des phé-

⁶⁴ Un rapprochement utile peut être opéré ici avec les directives Crédit foncier de France, v. spéc., P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, pp. 463-464.

⁶⁵ V. en ce sens, P. ANDRÉ, *Les troisièmes contrats de plan État-régions (1994-1999) : une ambition inachevée*, Rapport d'information 446, Délégation du Sénat pour la planification, 1999-2000.

nomènes conventionnels. Selon lui, « l'administration tend trop souvent à élaborer ses nouveaux instruments d'action sinon dans la clandestinité, du moins dans une discrétion préjudiciable aux intérêts des tiers : *plusieurs conventions importantes n'ont fait l'objet d'aucune publication officielle et n'en sont pas moins appliquées. La publicité de l'action administrative doit cesser d'être un vœu pieux régulièrement contredit par la pratique* »⁶⁶. Diverses mesures ont permis aujourd'hui une amélioration sensible de la diffusion des actes administratifs. Mais les conventions d'administration demeurent en dehors de ces garanties. Nombreuses sont celles qui bénéficient d'une publicité dictée par des exigences d'ordre politique. Toutefois, quelques-unes restent encore inconnues des administrés, cantonnées à l'intérieur des administrations, voire sont inaccessibles. Tel est le cas en particulier lorsque ces actes sont conclus au sein d'une même personne juridique. Mais cette remarque vaut pour d'autres conventions d'administration et, plus généralement, pour les éléments qui servent à leur élaboration ou à leur exécution⁶⁷. Voilà pourquoi il faut s'interroger sur leurs modalités de diffusion. Différents impératifs suggèrent de souhaiter leur publication sauf, bien entendu, lorsque cela porterait atteinte à des intérêts supérieurs. Il en va ainsi de certains instruments engageant des entreprises au sujet desquelles il est préférable de respecter une part de secret⁶⁸.

739. La préoccupation tenant à la diffusion des conventions d'administration conduit à envisager ses modalités. Savoir comment elle se réalise permet d'évaluer son effectivité et, le cas échéant, de l'améliorer. À cet égard, les situations varient sensiblement en fonction des actes étudiés. Trois situations peuvent en particulier être observées.

Il existe des hypothèses dans lesquelles la diffusion des conventions d'administration est impliquée par leur procédure d'élaboration. En témoignent les contrats locaux de sécurité dont l'objet suppose d'associer des partenaires bien au-delà des seuls signataires. On souligne à ce titre « la nécessité de faire en sorte que ces contrats traduisent des engagements collectifs au service d'objectifs communs. Les engagements des parties doivent traduire concrètement la volonté partagée de

⁶⁶ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 133 (nous soulignons).

⁶⁷ V. sur des documents relatifs à l'abandon d'un engagement conventionnel, CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534.

⁶⁸ V. par ex., en ce sens, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70 ; S. TSOULIDES, « Les contrats de plan État - entreprise publiques », *Les cahiers du droit et jurisprudence*, 1986, t. 1, p. 128.

parvenir à une amélioration profonde et durable de la sécurité »⁶⁹. Ce souhait vise en particulier les organismes à vocation sociale⁷⁰. Parmi d'autres illustrations, il est possible de mentionner le contrat local de sécurité de la commune de Bonneuil-sur-Marne. Cet acte fait concrètement l'objet d'une diffusion dans différentes institutions publiques de la commune, comme les établissements scolaires, et auprès d'entités privées, comme des bailleurs sociaux et des associations. De la sorte, une publicité est logiquement conférée à ce procédé conventionnel auprès des organismes intéressés. Il ne s'agit certes pas d'une diffusion générale. Elle reste cantonnée à un certain nombre d'entités. Il n'empêche que, ce faisant, les parties permettent la connaissance de l'acte. En outre, les contrats locaux de sécurité figurent parmi les conventions d'administration les mieux connues puisqu'ils sont fréquemment mis en avant par les communes pour informer de leurs actions en ce domaine.

En dehors de cette hypothèse, de nombreux procédés conventionnels bénéficient d'une diffusion numérique. Il n'est ainsi pas difficile d'avoir accès, par exemple, aux contrats de projets entre l'État et les régions. Pourtant, les textes relatifs à ces actes ne prévoient guère de formalité de publicité. Tout au plus, s'agissant des contrats de plan, la loi du 29 juillet 1982 oblige-t-elle l'État à communiquer aux régions intéressées les conventions signées avec d'autres personnes publiques ou entreprises⁷¹. Mais en dehors de cette exigence, le décret d'application n'ajoute aucune diffusion comparable à celle que l'on rencontre pour les actes administratifs unilatéraux⁷². De sorte que la publicité de ces conventions ne résulte pas d'une contrainte juridique mais provient bien de la volonté des parties de faire connaître leurs actions. Il est alors logique qu'elles optent pour un moyen permettant une diffusion large et dont l'efficacité est manifeste.

Enfin, une dernière méthode consiste pour les auteurs à élaborer un simple communiqué pour indiquer la signature d'une convention. En ce cas, le texte n'est pas publié, seuls ses principaux objectifs sont divulgués. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une publication de la convention mais d'informations portant sur

⁶⁹ Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757, §III b. Ce texte précise par ailleurs : « Vous aurez soin également, indépendamment des actions de communication qui feront partie intégrante du contrat, de faire connaître la démarche de préparation des contrats elle-même, ainsi que les objectifs de sécurité qui la sous-tendent ».

⁷⁰ Circulaire du 7 juin 1999 relative aux contrats locaux de sécurité, *JORF*, 15 juin 1999, p. 8719.

⁷¹ Art. 11 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

⁷² V. le décret n° 83-32 du 21 janv. 1983 relatif aux contrats de plan entre l'État et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, *JORF*, 23 janv. 1983, p. 394.

celle-ci. Sont particulièrement sujets à ce mécanisme certains actes passés entre l'État et ses établissements publics ou, plus encore, les conventions signées entre des entités relevant de la même personne juridique. L'ensemble de ces modalités permet d'assurer aux instruments conventionnels une diffusion plutôt satisfaisante. Cela n'empêche pas de souhaiter un renforcement de leur publicité.

740. Pour deux raisons au moins, il faut encourager la publicité des conventions d'administration. D'une part, c'est un gage d'efficacité pour le procédé conventionnel. Car les parties auront d'autant plus intérêt à remplir leurs engagements s'ils sont connus de tous, et en particuliers des usagers d'un service concerné. Même s'il faut bien reconnaître qu'il appartient alors aux administrés de s'enquérir de l'acte. Au contraire, tenir secrètes les clauses d'une convention d'administration pourrait inciter les parties à les respecter moins scrupuleusement. Cette appréciation d'ordre sociologique n'est bien évidemment pas vérifiable en droit. Il s'agit d'un jugement de valeur dont on peut sans difficulté contester le bien-fondé. Mais cela ne saurait conduire à l'écartier de ces développements. Du reste, le Conseil d'État estime en ce sens que « pour renforcer leur portée et leur effet incitatif, les conventions d'objectifs et de moyens, tout comme les projets de juridiction, pourraient être rendus publics. Ces conventions ou projets étant conclus dans l'intérêt direct des usagers [...], leur publication contribuerait à ce qu'ils soient mieux définis, évalués et respectés »⁷³. D'autre part et surtout, la publicité peut constituer une formalité essentielle dans l'hypothèse de recours contentieux. Certes, on ne songe évidemment pas à des actions directes de tiers à l'encontre des conventions d'administration. Une telle possibilité est exclue pour diverses raisons tenant, à la fois, aux solutions jurisprudentielles et à la nature de ces procédés. Mais aucun motif dirimant n'empêche de leur reconnaître parfois un certain nombre de conséquences dans le cadre de recours dirigés contre d'autres actes. Dès lors, leur publicité apparaît comme une condition importante pour que l'on puisse, le cas échéant, s'en prévaloir. Ce dernier motif ne doit pas dissimuler la situation contrastée des conventions d'administration quant à leur diffusion.

741. En définitive, il est souhaitable de conserver des degrés différents de publicité selon les procédés conventionnels. Des adaptations sont, en effet, nécessaires en fonction des caractéristiques des conventions d'administration. Après avoir constaté l'existence de modalités de diffusion et encouragé leur développement, il faut

⁷³ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 232 (nous soulignons).

admettre que des ajustements doivent tenir compte de la diversité des actes conclus. En d'autres termes, les parties sont susceptibles de limiter la publicité en raison de la liberté dont elles bénéficient et en fonction des circonstances. Ainsi les conventions signées entre des personnes juridiques distinctes sont-elles propices à une large diffusion. Mais des considérations tenant à leur objet peuvent réduire, voire écarter, cette dernière. Au contraire, les conventions passées entre des entités relevant d'une même personne juridique appellent une publicité souvent plus restreinte. Actes d'administration interne, il est logique d'en limiter la diffusion aux seuls services concernés. Même s'ils génèrent des effets indirects, ceux-ci n'ont pas vocation à être portés à la connaissance des administrés.

742. Conclusion de section. L'existence des conventions d'administration est soumise à un encadrement normatif très réduit. En comparaison, pèsent sur les contrats administratifs des contraintes indéniablement plus rigoureuses. Au moins des règles ont-elles le mérite d'exister et de corroborer l'idée selon laquelle ces instruments relèvent bien du domaine juridique. S'agissant de leur conclusion, les conventions d'administration doivent ainsi respecter des contraintes générales. Il est vrai qu'elles bénéficient assez rarement de règles propres commandant leur passation. Quant à la publicité de ces actes, les parties ne sont soumises à aucune obligation. Reste que cette formalité est souvent remplie spontanément pour des motifs et selon des modalités variables en fonction des conventions visées. Cette situation rend parfaitement compte de la nature spécifique de ces actes. Les conventions d'administration sont, en effet, encore marquées par de nombreuses similitudes avec d'autres manifestations informelles. Peut-être leur reconnaissance par les pouvoirs publics et le juge aurait-elle pour conséquence d'affermir leur réglementation. Néanmoins, cela ne paraîtrait pas souhaitable car il importe de préserver une grande latitude d'action aux sujets. Un encadrement trop strict de la passation des conventions d'administration et, dans une moindre mesure, de leur publicité pourrait réduire d'autant leur utilité. Un constat sensiblement différent pourrait être effectué s'agissant des normes régissant l'exécution de ces actes.

Section 2 : Les normes régissant l'exécution des conventions d'administration

743. La réalisation des objectifs prévus par les conventions d'administration est souvent perçue par les acteurs publics comme aléatoire. À l'inverse des contrats,

ces procédés n'imposent, en définitive, aucune obligation aux parties⁷⁴. Elles sont incitées à adopter tel ou tel comportement mais sans être soumises à de véritables prescriptions. C'est la raison pour laquelle on peut douter de leur exécution, voire la juger très éventuelle. En d'autres termes, l'essence des conventions d'administration conduit à en limiter les effets. Malgré tout, la pratique montre une certaine discipline des parties dans la réalisation des objectifs conventionnels. Les bilans et rapports dressés au sujet, par exemple, des contrats de plan sont certes loin d'être toujours élogieux. Il n'empêche que l'exécution de ces actes s'avère globalement satisfaisante. Au demeurant, l'engouement pour ces divers procédés conventionnels ne saurait s'expliquer par de simples préoccupations de communication politique, ou encore par un rejet des mécanismes de contrainte. Sans doute leur pérennité est-elle aussi liée à la satisfaction des engagements pris. D'une certaine façon, cela rend compte de l'encadrement minimal qui entoure l'exécution des conventions d'administration lesquelles, en raison de leur nature, se trouvent essentiellement soumises à une exigence de loyauté conventionnelle (Sous-section 1) qui n'exclut pas cependant l'existence de pouvoirs conventionnels rarement exercés (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La prépondérance de la loyauté conventionnelle

744. Selon une définition classique, la bonne foi consiste en « une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »⁷⁵. Mais cette exigence renvoie aussi à des systèmes de valeurs, voire quelquefois à des doctrines moralistes du droit. On peut donc en rendre compte de diverses manières en recourant à d'autres notions parfois plus précises et donc plus effectives. Ainsi les auteurs se réfèrent-ils respectivement à la loyauté, l'honnêteté, la probité, la confiance légitime, ou encore la fraternité, pour traduire les implications juridiques de la bonne foi. En découlent des approches très hétérogènes de cette exigence. Et si elle semble désormais admise, le rôle qui lui revient est plus ou moins important selon la définition retenue. La doctrine civiliste fait notamment varier sa consistance en fonction des évolutions jurisprudentielles ou selon des considérations idéologiques. De sorte que M. Bénabent reconnaît, à

⁷⁴ On rappelle cependant que l'absence de clause impérative ne doit pas être confondue avec l'obligation de respecter la convention conclue, v. *supra*, n° 185 et s.

⁷⁵ Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 43, 1992, p. 12. Après avoir relevé plusieurs définitions, l'auteur semble préférer une méthode casuistique. On notera ici que les concepts de bonne foi et de loyauté seront utilisés dans ces développements sans opérer de réelle distinction sémantique.

juste titre, que le devoir de bonne foi est « à contenu plastique »⁷⁶. Ses multiples applications en font un concept « ouvert »⁷⁷ au contenu « flou »⁷⁸. Voilà pourquoi il est souvent plus concluant de procéder de façon casuistique et de raisonner par induction.

745. Cette exigence est particulièrement présente dans certains ordres juridiques. Jadis ignorée, elle occupe désormais une fonction primordiale à l'endroit des contrats privés. « Idée battue et rebattue »⁷⁹, la bonne foi apparaît souvent comme un pivot de la théorie générale des obligations civiles et de nombreux auteurs souhaitent la valoriser davantage encore⁸⁰. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire⁸¹ et qu'elle déploie aussi d'importants effets lors de la conclusion et l'exécution des traités internationaux⁸². Le droit des conventions administratives n'est, quant à lui, plus en reste puisque le juge administratif tient compte de cet impératif et surtout a reconnu explicitement sa valeur juridique. Celui-ci participe à la constitution d'un bloc minimal de légalité à propos des conventions d'administration. Se rapprochant des *gentlemen's agreements*, ces dernières présentent des caractères propices à la diffusion de l'idée de bonne foi. Reste à déterminer la fonction que cette dernière pourrait précisément remplir à l'endroit de ces procédés. Pour ce faire, il est utile d'examiner son affermissement à propos des contrats (§1) pour envisager ensuite son rôle primordial auprès des conventions d'administration (§2).

⁷⁶ A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 12^{ème} éd., 2010, p. 221. V. aussi, sur la diversité des significations, B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 5, 2001.

⁷⁷ M. BILLIAU, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 126.

⁷⁸ M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, th. Strasbourg, 1978, p. 170.

⁷⁹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 603. Cet auteur estime du reste que « la bonne foi et les idées qui s'en réclament jouissent désormais d'une certaine universalité, laquelle devrait rassurer les sceptiques et décourager les critiques » (p. 607).

⁸⁰ V. not., D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 603 ; J. MESTRE, « La théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 243 : « l'exigence de bonne foi pourrait, nous semble-t-il, innover encore davantage la théorie générale du contrat et donner à celle-ci son plein rayonnement dans le Code civil de demain ! ».

⁸¹ M.-Ch. PUJOL-REVERSAT, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, p. 201 et s.

⁸² V. not., E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977 ; E. ZOLLER, « Rapport français. Droit international public (relations interétatiques) », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 43, 1992, p. 569.

§1. Une exigence affermie pour les relations contractuelles

746. Ayant fait l'objet d'une consécration tardive, la loyauté semble pourtant innover les contrats administratifs depuis fort longtemps⁸³. Celle-ci sous-tend à la fois leur conclusion et leur exécution. On peut d'ailleurs relever plusieurs signes de la consolidation progressive de cette exigence (a). Malgré tout, d'autres considérations, et notamment des impératifs liés à l'intérêt général, ont jadis primé dans l'attitude respective des parties, du juge et de la doctrine. Sans doute est-ce l'une des raisons pour lesquelles la consécration jurisprudentielle de la loyauté fut lente (b). Ce décalage traduit des divergences d'inspiration par rapport aux contrats privés et la crainte de voir, dans certaines situations, la bonne foi se heurter à l'intérêt public⁸⁴.

a) La consolidation progressive de la loyauté

747. Sous prétexte que le terme n'apparaissait pas naguère, on pourrait nier l'influence de la loyauté au sein des contrats administratifs. Une sorte de présomption de bonne foi incite, au contraire, à penser que les parties ont toujours eu le souci de réaliser honnêtement l'opération conventionnelle. Mais surtout, le juge administratif et certains auteurs ont favorisé la consolidation de la loyauté. Peu à peu, elle s'est affirmée au travers de plusieurs règles et comme un outil d'interprétation de la volonté des parties. Dans le même temps, la doctrine a manifesté de l'intérêt pour cette exigence. Quelques études semblent, en effet, accorder un rôle important à la loyauté conventionnelle et encourager le juge à en tenir davantage compte.

748. D'un côté, le juge administratif a œuvré afin que la loyauté déploie diverses conséquences au sein des relations contractuelles. Cette démarche se traduit, pour en donner un aperçu schématique, de deux manières. Soit elle passe par la transposition des règles gouvernant les rapports de droit privé et, plus particulièrement, des articles 1108⁸⁵ et 1116⁸⁶ du Code civil⁸⁷. Soit le juge élabore une jurispru-

⁸³ V. égal., hors du cadre conventionnel, les développements réservés par Maurice Hauriou à la notion de « moralité administrative », v. not., M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 359-360.

⁸⁴ V. pour l'exemple inverse, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 209 ; Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 334 et s.

⁸⁵ Art. 1108 du Code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ». V. aussi, l'art. 1116 du même code.

⁸⁶ Art. 1116 du Code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

dence autonome, soucieuse de sanctionner les attitudes déloyales. La première de ces hypothèses est symbolisée, de façon remarquable, par les vices affectant le consentement des signataires. Il s'agit d'irrégularités bien connues désormais, parmi lesquelles on relève les comportements dolosifs des contractants. Néanmoins, s'il vise depuis longtemps le Code civil⁸⁸, le juge administratif y fonde rarement ses décisions d'annulation⁸⁹. Et il faut reconnaître avec M. Richer que la théorie des vices du consentement conserve un « caractère très marginal »⁹⁰ en droit administratif. Des préoccupations tenant au maintien des contrats passés semblent l'emporter⁹¹. Le Conseil d'État a d'ailleurs réaffirmé que seuls les vices les plus graves touchant au consentement des parties sont susceptibles de justifier l'annulation de l'acte⁹². De sorte que plusieurs impératifs se trouvent conciliés : la sécurité des relations et la légalité des actions. Au terme de cet arbitrage, le juge prend la mesure des conséquences pouvant naître de la mauvaise foi des parties. Comme l'observe M. Plessix, « il a trouvé [dans les règles sur les vices du consentement] les armes adéquates permettant à l'Administration et à ses contractants de défendre la *loyauté contractuelle*, voire même la *moralité contractuelle* »⁹³. Reste que les situations le conduisant à examiner des manœuvres dolosives demeurent, fort heureusement, sporadiques.

749. S'agissant de la seconde hypothèse, il est arrivé aux membres du Conseil d'État d'appuyer leur raisonnement sur des règles liées à l'idée de mauvaise foi. Cette attitude est assurément difficile à identifier. Elle est cependant capitale puisqu'elle semble orienter une part importante du travail juridictionnel. En témoi-

⁸⁷ V. sur cette question, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003, p. 200 et s.

⁸⁸ V. not., CE, 14 déc. 1923, *Société des Grands-Moulins de Corbeil*, Rec., p. 851 ; CE, 26 nov. 1975, *Société d'études travaux préfabrication*, Rec., p. 600.

⁸⁹ V. cependant, CE, 19 déc. 2007, *Société Campenon-Bernard*, Rec., p. 507 : si le juge administratif ne prononce pas ici l'annulation du contrat, parce que précisément il n'intervient pas en tant que juge du contrat mais seulement sur la responsabilité quasi-délictuelle des entreprises, il admet que la fraude commise aurait pu emporter l'annulation de l'acte dans son ensemble. V. en part., F. MODERNE, « Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs », *RFDA*, 2008, pp. 116-121.

⁹⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., p. 146. V. aussi, sur l'ensemble de la question et les similitudes entre les droits public et privé, F. MODERNE, « Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats de l'administration », *CJEG*, 2001, p. 91 ; Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 315.

⁹¹ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec., p. 509.

⁹² *Ibid.*, p. 509. V. aussi, E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2010, p. 515 ; v. auparavant, J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE Sect., 30 oct. 1998, *Commune de Lisieux*, *RFDA*, 1999, p. 135.

⁹³ B. PLESSIX, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 17.

gnent, par exemple, les propos de Jacques Fournier au sujet de contrats fictifs. Pour lui, ces derniers étaient « radicalement nuls puisque dépourvus d'objet réel et conclus dans une *intention de fraude* »⁹⁴. Auparavant, un autre membre du Conseil d'État estimait dans ses conclusions : « vous avez appliqué très largement *le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi* et conformément à l'intention que les parties en présence avaient pu avoir au moment où elles contractaient »⁹⁵. Plus récemment, le rapporteur public Glaser a souligné que « les parties sont [...] engagées, en principe librement, dans cette relation et *il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat* »⁹⁶.

À cela s'ajoutent des applications positives, bien qu'implicites, dont une inspiration réside dans la sanction de la mauvaise foi. En atteste l'impossibilité pour une partie ayant connaissance d'une irrégularité entachant un contrat de percevoir des dommages-intérêts au titre de la responsabilité quasi-contractuelle. Il faut noter cependant que M^{me} Lombard range cette hypothèse parmi les solutions liées au droit privé⁹⁷. Si l'on préfère y voir une construction autonome du juge administratif c'est essentiellement au regard des arrêts récents, lesquels ne visent aucunement les articles du Code civil⁹⁸. De sorte que si des principes communs régissent sans doute les deux droits, il semble bien que le Conseil d'État ne juge pas utile d'opérer un emprunt aux règles civiles. Cela ne l'empêche pas, pour autant, de s'inspirer des méthodes suivies par la jurisprudence judiciaire⁹⁹. Dans cette mesure, il s'agit bien d'une illustration de la prise en compte de la loyauté en dehors des dispositions applicables en droit privé. En outre, et plus généralement, le juge oblige l'administration à participer de bonne foi à la réalisation de l'opération contractuelle. Cette exigence produit des effets non-négligeables. On peut ainsi voir dans la poursuite des engagements contractuels par un conseil municipal nouvellement élu une

⁹⁴ J. FOURNIER, concl. sur l'arrêt CE Sect., 2 déc. 1966, *Société France-reconstruction-plan*, *AJDA*, 1967, p. 185 (nous soulignons).

⁹⁵ P. CHARDENET, concl. sur l'arrêt CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *D.*, 1916, III, p. 28 (nous soulignons).

⁹⁶ E. GLASER, concl. sur l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2010, p. 514 (nous soulignons).

⁹⁷ M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, th. Strasbourg, 1978, pp. 185-188.

⁹⁸ V. par ex., CE, 22 févr. 2008, *Tête*, *Rec.*, tab., p. 812.

⁹⁹ V. not., D. CASAS, concl. sur l'arrêt CE, 22 févr. 2008, *Tête*, *BJCP*, 2008, p. 189 et s.

manifestation de ce devoir¹⁰⁰. Cela ressort également dans le simple fait de fournir des informations fiables à son partenaire¹⁰¹. Pareillement, une partie ne saurait, de bonne foi, se prévaloir d'un prix stipulé dans un marché dès lors que celui-ci résulte d'une erreur matérielle dont elle a connaissance¹⁰². Ces illustrations dénotent la prise en compte de l'exigence de loyauté par le juge administratif, et ce même en dehors du Code civil. Malgré tout, il faut souligner que la référence à la bonne foi n'apparaît pas nécessaire pour résoudre les difficultés qui surgissent lors de l'exécution des contrats administratifs. Se reportant à des impératifs propres à l'action administrative, le juge parvient à trancher les litiges sans recourir explicitement à la loyauté. Jusqu'alors, cette exigence a parfois guidé ses décisions mais elle n'a guère servi à les fonder. Si la loyauté occupe une fonction contentieuse, celle-ci est demeurée inexprimée.

750. D'un autre côté, la doctrine publiciste a contribué à valoriser la place de la bonne foi dans les contrats administratifs. Sans doute les discours sur le droit s'accordent-ils sur les restrictions importantes que subit cette exigence. De ce point de vue, perdure une différence assez marquée entre les contrats administratifs et privés. Cela n'empêche pas certains auteurs de mettre en exergue les manifestations de la loyauté conventionnelle en droit public, voire de les encourager. En ce sens, M^{me} Bréchon-Moulènes a insisté sur une préoccupation contemporaine qui consiste à exiger de l'administration une certaine droiture. Cette dernière doit apparaître comme une « autorité publique contractante loyale »¹⁰³. Et cet auteur de conclure, « la jurisprudence administrative récente dessine – en pointillé – une ligne, en réalité, continue d'une *loyauté qui fait sens* : de l'interdit au raisonnable jusqu'au raisonné »¹⁰⁴. D'une certaine manière, l'impression laissée par une partie de la doctrine a été confirmée par le Conseil d'État puisque celui-ci a procédé à la consécration de l'exigence de loyauté.

¹⁰⁰ F. LINDITCH, « L'action en validité contractuelle : un nouvel instrument du contentieux contractuel », *JCP A*, 2010, 2072 ; D. POUYAUD, note sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA*, 2010, p. 520.

¹⁰¹ CE, 24 janv. 1930, *Société grands travaux de Marseille et autres c/ Ministre de la Marine*, *Rec.*, p. 112.

¹⁰² V. par ex, CAA Nancy, 7 janv. 2010, *SA Francioli*, req. n° 08NC01821.

¹⁰³ Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, « De la loyauté de l'autorité cocontractante », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, not. p. 443. V. aussi, mais l'auteur émet des réserves à cette présentation idyllique, M.-A. FRISON-ROCHE, « Volonté et obligation », *APD*, 2000 (n° 44), p. 137 : « Le lien de fraternité et l'intérêt commun remplacent la violence aveugle de l'obligation. Le législateur et la jurisprudence donnent large prise à cela. En second lieu, et tout aussi naturellement, on pose que si l'on exécute le contrat, ce n'est pas par contrainte mais par considération pour l'autre : c'est par loyauté ».

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 468 (souligné dans le texte).

b) La consécration jurisprudentielle de la loyauté

751. Pendant longtemps, le juge administratif a donné l'impression de ne pas être favorable à la consécration d'un principe de loyauté des relations conventionnelles. Cette réticence pouvait trouver plusieurs explications probantes.

Tout d'abord, une dimension subjective, voire moraliste, de cette exigence est peut-être apparue incompatible avec la nature des personnes publiques. Puisque l'administration se compose d'entités morales, le juge pouvait légitimement y voir un obstacle à la consécration de la bonne foi. Mais, à l'instar des relations internationales¹⁰⁵, il est assez facile d'écarter cette difficulté apparente. Le recours à des approches objectives ou le dépassement d'une conception étroite des personnes publiques peuvent y contribuer.

Ensuite, la prédominance de l'intérêt général a pu constituer un autre obstacle à la consécration de la loyauté. Cette finalité domine traditionnellement, en effet, le régime des contrats administratifs. Tel est le cas en particulier s'agissant des exigences tenant à la continuité du service public¹⁰⁶. Jusqu'alors, ce principe a suffi pour résoudre les litiges portant sur cet aspect. Nul besoin d'y associer un devoir de loyauté. Au vu des principes directeurs des contrats administratifs, il pouvait donc paraître logique d'avoir quelques réticences à introduire expressément la bonne foi.

Enfin, les règles d'ordre public s'avèrent quelquefois peu conciliables avec les exigences découlant de la bonne foi. Par exemple, il arrive que le respect de la compétence des autorités administratives constitue un empêchement à la prise en compte de la loyauté conventionnelle. Cela ressort assez nettement des conclusions prononcées par Michel Morisot sur la décision *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Heurtey*. Pour écarter l'application de tempéraments inspirés du devoir de loyauté et jouant en droit privé, il énonce que « le formalisme du droit administratif, et tout spécialement le caractère absolu des règles de compétence des autorités administratives, font obstacle à ce que votre jurisprudence puisse retenir des nuances de cette nature »¹⁰⁷. Cette perception vaut encore aujourd'hui. Elle est du reste complétée par l'obligation incombant à un contractant public de vérifier que le représentant d'une société est dûment habilité à signer en son nom. Le Conseil d'État ne

¹⁰⁵ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977, p. 11, p. 24 et p. 74.

¹⁰⁶ M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, th. Strasbourg, 1978, pp. 197-200.

¹⁰⁷ M. MORISOT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 28 janv. 1977, *Min. de l'économie et des finances c/ Société Heurtey*, *AJDA*, 1977, p. 395.

tient ainsi guère compte des apparences. Concernant un marché de travaux publics, il a précisé que « la circonstance que le cosignataire aurait pu apparaître comme ayant qualité pour engager la société [...] était sans incidence sur la nullité du marché »¹⁰⁸. S'il est possible que la rigueur de cette jurisprudence soit à l'avenir tempérée, elle demeure significative des incidences du formalisme lié aux contrats administratifs.

752. Tout ceci montre que le juge administratif reste, à l'évidence, attaché aux fondements de sa jurisprudence¹⁰⁹. Aussi la fonction conférée à l'exigence de loyauté ne peut-elle être que circonscrite à propos des relations contractuelles. Pour une bonne part, elle se trouve préservée de façon satisfaisante par des moyens traditionnels. Ou alors elle se heurte à d'autres impératifs et appelle une conciliation. Cependant cette limitation ne retire rien au fait que la loyauté sert déjà à parfaire le contrôle exercé par le juge. C'est sans doute pourquoi le Conseil d'État a souhaité consacrer solennellement cette exigence, mais sans en faire pour autant une véritable obligation contractuelle. Il y a procédé en rendant l'arrêt d'Assemblée *Commune de Béziers*¹¹⁰. La loyauté apparaît expressément dans cette décision, et ce à deux titres distincts. Elle intervient d'abord comme un élément permettant au juge d'examiner la recevabilité de moyens avancés au soutien d'une contestation de la validité de l'acte¹¹¹. Cette première fonction sera uniquement évoquée ici compte tenu du fait qu'elle s'inscrit dans les règles du contentieux contractuel. Autrement dit, il ne s'agit pas d'une exigence tenant à l'exécution des conventions. Cependant, la loyauté est ensuite mentionnée à cet égard. Ou plutôt, en vue de l'interprétation du texte, le juge renvoie au rôle que joue cette exigence pour les parties lors de la réalisation de l'opération contractuelle. Dès lors, la consécration du devoir de loyauté est tout à fait remarquable. Et comme l'écrivent MM. Llorens et Soler-Couteaux, « on ne pouvait guère présager qu'il serait promis à une aussi belle fortune au sein du contentieux contractuel lui-même »¹¹².

¹⁰⁸ CE, 17 déc. 2008, *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes*, *Rec.*, tab., p. 809.

¹⁰⁹ Les obstacles que l'on rencontre diffèrent ainsi des réticences qu'exprime une partie de la doctrine civiliste. Celles-ci rejoignent, de façon générale, une opposition de principe à la vision solidariste des conventions. Une telle approche conduit les auteurs à atténuer les effets du devoir de loyauté.

¹¹⁰ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 509, « il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ».

¹¹² F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats », *CMP*, 2010, repère 2.

753. Toutefois, il est possible de reprocher au juge administratif d'avoir fait la part trop belle au devoir de loyauté. La doctrine a déjà insisté sur les difficultés que pose sa mise en œuvre¹¹³. À cela s'ajoute la fonction incertaine que lui réserve le Conseil d'État dans le cadre du contentieux de l'exécution contractuelle. En effet, la rédaction de l'arrêt autorise à penser qu'une confusion regrettable s'est glissée dans le raisonnement suivi par le juge. Aux termes de la décision *Commune de Béziers*, « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles*, de faire application du contrat »¹¹⁴. Ce considérant comporte, selon toute vraisemblance, un raccourci théorique. Il signifie en substance que le juge est tenu d'appliquer les clauses contractuelles parce que cela est supposé par le devoir de loyauté. Or tel n'est pas exactement le cas. Le respect des engagements résulte, de manière plus essentielle, de la force obligatoire qui recouvre toute convention. Celle-ci provient du droit positif dont l'objet consiste ici à reconnaître la validité de l'acte et à lui conférer sa sécurité juridique¹¹⁵. Au-delà des divergences conceptuelles sur les conditions de la validité contractuelle, il n'y a guère de doute sur l'importante fonction de la force obligatoire. C'est bien ce principe qui justifie le respect des stipulations contenues dans l'acte conclu. Au contraire, la loyauté n'explique en rien l'exécution d'une convention. Cette exigence n'est pas de l'ordre du pourquoi mais du comment. En d'autres termes, le devoir de loyauté influe sur les modalités de conclusion et d'exécution de l'acte. Il est indifférent quant au fondement de son application. Pour reprendre l'expression employée par M^{me} Zoller, « le principe de bonne foi joue essentiellement le rôle d'un principe régulateur par rapport au principe *pacta* »¹¹⁶. Et il peut notamment justifier que certains vices ne soient pas suffisamment graves pour conduire à prononcer l'illégalité d'un contrat¹¹⁷.

En somme, si la consécration de la loyauté conventionnelle est certaine, ses implications ne sont pas aussi évidentes. Il reste plusieurs ambiguïtés à résoudre dans l'approche du juge administratif. Et de toute évidence, cette affirmation jurisprudentielle apparaît fondamentalement comme une référence de principe. Elle ap-

¹¹³ V. not., Ph. REES, note sous l'arrêt sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *CMP*, 2010, comm. 123.

¹¹⁴ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509. V. aussi, CE Sect., 10 nov. 2010, *Commune de Palavas-les-flots*, *Rec.*, (à paraître).

¹¹⁵ V. *supra*, n° 185 et s.

¹¹⁶ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977, p. 11, p. 24 et p. 82.

¹¹⁷ CE, 12 janv. 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, *Rec.*, tab., (à paraître).

pelle des précisions quant à son effectivité. Cette dernière ne pourra être évaluée correctement qu'au terme d'une période probatoire. Au contraire, la mise en valeur de la loyauté au sujet des contrats semble d'ores et déjà prometteuse pour les conventions d'administration. Elle ouvre des perspectives séduisantes compte tenu de l'absence d'obligation juridique et de la finalité de ces procédés.

§2. Une exigence primordiale pour les relations conventionnelles

754. Il est possible de postuler l'existence d'un devoir de loyauté entre les signataires d'une convention d'administration. Cela est d'abord envisageable dans la mesure où il ne s'agit pas d'une spécificité liée aux seuls contrats. La bonne foi connaît, en effet, des applications en dehors de ces rapports. Notamment, il est évident que les instruments non-conventionnels n'excluent pas l'obligation de se comporter de manière loyale¹¹⁸. Et M. Aynès assure même que « le devoir de loyauté est indispensable à tous les rapports sociaux, à l'action même, parce qu'il contribue à dissiper l'incertitude de l'avenir »¹¹⁹. Il vaudrait donc, par essence, pour chaque manifestation juridique. Sans verser dans le moralisme, on peut ainsi s'accorder sur l'influence de cette exigence s'agissant de l'activité administrative. Mais cette appréciation générale ne diminue guère l'intérêt très particulier de la bonne foi au sein des rapports conventionnels. Elle vaut au premier chef dans ces situations. C'est du reste ce dont l'article 1134 du Code civil rend compte. En énonçant que les conventions légalement formées « doivent être exécutées de bonne foi »¹²⁰, le législateur ne réduit pas cette exigence à la seule réalisation des conventions. Il attire, en revanche, l'attention des parties sur cet aspect, et surtout permet au juge d'en tirer toutes les conséquences. Compte tenu du lien qui s'établit entre les signataires, et spécialement de la réciprocité qui anime leur action, il est logique que ceux-ci fassent preuve d'honnêteté et de droiture l'un envers l'autre. À cet égard, il faut relever que le caractère obligatoire des stipulations n'a guère d'importance ici. La loyauté vise *a priori* toutes les conventions parce que celles-ci partagent des spécificités formelles. Par ailleurs, aucun motif sérieux ne saurait inciter à ne pas la promouvoir au sujet des conventions d'administration.

¹¹⁸ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^{ème} éd., 2008, pp. 90-91.

¹¹⁹ L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD*, 2000, p. 204.

¹²⁰ Art. 1134 du Code civil.

En ce sens, la littérature juridique reconnaît parfois que la faiblesse des engagements n'exclut pas l'exigence de loyauté. Cela ne constitue pas un obstacle à son application. Tel paraît être le cas dans les relations internationales : « la bonne foi, écrit M^{me} Zoller, ne semble pas limitée aux traités proprement dits ; elle s'applique aux accords en forme simplifiée. On peut penser qu'elle recouvre l'ensemble des accords internationaux, même ceux qui ne sont pas assortis de force obligatoire. C'est ainsi qu'« *un gentlemen's agreement qui est un accord informel entre hommes d'Etat, diplomates ou dirigeants de l'économie, est uniquement fondé sur la bonne foi* »¹²¹. Dans le même ordre d'idées, selon M. Dreyfus, « si l'on transposait le régime des gentlemen's agreements aux contrats entre personnes publiques, on serait amené à constater l'existence d'actes « du troisième type » [...] ayant tout de même une certaine force juridique et pouvant entraîner certaines conséquences juridiques parce que *couverte par le principe de bonne foi* »¹²². Ces opinions indiquent qu'il est possible de concevoir la loyauté malgré l'absence d'impérativité des stipulations. La spécificité matérielle des conventions d'administration ne chasse donc pas cette exigence. Il semble même que, loin d'écarter le devoir de loyauté, la nature directive des stipulations conduit à en tenir plus compte encore.

755. La valeur primordiale de la loyauté pour les conventions d'administration se justifie par la faible intensité de leurs clauses. En l'absence d'obligation, ces procédés offrent peu de garanties aux parties. La réalisation des objectifs s'avère toujours aléatoire. Et, à la différence des contrats, on ne trouve guère de moyens pour sanctionner les éventuelles carences des signataires. En tout cas, s'ils existent c'est rarement au titre de la seule convention. Il peut s'agir alors de prérogatives traduisant la nature du lien juridique entre les parties. Tel est le cas dans l'hypothèse de conventions signées entre une autorité hiérarchique et une entité subordonnée. Reste que les stipulations conventionnelles excluent la plupart des mesures classiques de contrainte. Pour preuve, au-delà des clauses de « suivi », ces instruments ne prévoient guère de faculté de sanction. Voilà pourquoi il paraît hautement souhaitable de reconnaître, pour le moins, un devoir de loyauté entre les parties. Cette exigence permet de compenser les incertitudes tenant à l'absence d'obligation juridique. Elle apporte des garanties minimales quant à la réalisation de l'opération et pourrait, le cas échéant, servir à contrôler l'exécution de la convention. Si cela paraît

¹²¹ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977, p. 47.

¹²² J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, 1997, p. 114 (nous soulignons).

peu envisageable devant le juge administratif, des comités *ad hoc* pourraient fort bien y recourir.

756. Encourager la consécration d'un devoir de loyauté ne suppose pas d'en exagérer les effets. Maurice Hauriou affirmait, il est vrai, que « la moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité »¹²³. Néanmoins, cette appréciation semble excessive et ne saurait être généralisée aux conventions d'administration. S'agissant de ces actes, les effets de la loyauté paraissent circonscrits à la fois quant à leur étendue et leur intensité. D'une part, les effets découlant de cette exigence semblent limités à la relation conventionnelle. Un auteur affirme ainsi que « la loyauté contractuelle [...] doit régner dans la sphère contractuelle »¹²⁴. Cette approche est en définitive assez classique. Œuvre des parties, l'acte conventionnel régit, en principe, uniquement leur relation : il les engage l'un envers l'autre. Dès lors, il est logique que les contraintes auxquelles on peut les soumettre soient circonscrites à cette sphère. À ce propos, si des membres du Conseil d'État jugent que « le principe de loyauté, quoiqu'il ne soit pas désigné ainsi, intervient également pour les tiers »¹²⁵, ils ne visent pas la loyauté conventionnelle. Pour ces auteurs, il s'agissait en l'espèce de rappeler que tout requérant doit faire preuve de bonne foi lorsqu'il se prévaut d'une irrégularité dans le cadre d'un référé précontractuel¹²⁶. Un sort particulier mérite cependant d'être réservé au devoir de loyauté entre les parties. Ce qui n'empêche évidemment pas que celui-ci existe, à un autre degré, hors de la relation conventionnelle.

D'autre part, une seconde limite touche à l'intensité, bien modeste il faut le reconnaître, des effets déployés. Cette exigence minimale se heurte au contenu directif des conventions d'administration. Tout au plus est-elle susceptible d'inciter les parties à adopter certains comportements. Cela consiste à informer le partenaire sur tous les éléments utiles et, plus globalement, à ne pas trahir la confiance accordée par l'autre partie. On ne voit guère quelles autres conséquences pourraient en ressortir. Malgré tout, en raison de la sécurité qu'elle apporte, la loyauté assure, faute de

¹²³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 360.

¹²⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 612 (souligné dans le texte).

¹²⁵ S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, chron. sous l'arrêt CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *AJDA*, 2010, p. 146.

¹²⁶ Les auteurs se réfèrent à l'arrêt connu sous le sigle « SMIRGEOMES », CE Sect., 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, *Rec.*, p. 324.

mieux, une fonction primordiale. Lors de l'exécution de la convention, des pouvoirs plus précis complètent cette exigence générale.

Sous-section 2 : L'existence de pouvoirs conventionnels

757. Les prérogatives dont jouissent les personnes publiques dans le cadre d'un contrat administratif ne sont guère remises en cause. Les auteurs s'accordent sur un ensemble de pouvoirs spécifiques à cette catégorie d'actes. Tout au plus des discussions perdurent-elles à propos de leur fondement et de l'intensité de leurs effets¹²⁷. Mais, en règle générale, la littérature juridique reconnaît cinq sortes de pouvoir. Elle distingue en ce sens des prérogatives de contrôle, de direction, de sanction, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale, lesquelles peuvent être agencées différemment selon les études. Seulement, une telle présentation est altérée aujourd'hui dans la mesure où les pouvoirs dont dispose l'administration contractante semblent puiser de plus en plus souvent leur source au sein des stipulations contractuelles. Par conséquent, ils seraient désormais fondés de manière catégorielle¹²⁸. Et leur intensité a donc tendance à varier en fonction de chaque espèce contractuelle. De sorte que certains pouvoirs ne peuvent être envisagés sans procéder à des distinctions parmi les contrats administratifs. Seules deux « règles générales [paraissent] applicables aux contrats administratifs »¹²⁹, et ce même en l'absence de stipulation les prévoyant explicitement.

758. Voilà pourquoi les développements suivants se concentreront les pouvoirs de modification et de résiliation. Ils tenteront d'envisager ces derniers dans le cadre des conventions d'administration. Pour autant, on doit admettre que les difficultés soulevées par les prérogatives de contrôle ou de direction intéressent, en définitive, moins les conventions d'administration que le contexte dans lequel celles-ci sont passées. En effet, leur présence dépend moins de la nature des procédés visés

¹²⁷ V. not., F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th. Poitiers, 2002 ; M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, pp. 134-148.

¹²⁸ V. G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, étude 9 ; G. ECKERT, « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), pp. 199-200.

¹²⁹ V. not., sur la modification unilatérale du contrat, CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; CE, 6 mai 1985, *Ministre des PTT c/ Ricard*, *Rec.*, p. 144 ; CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, req. n° 34015 ; CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports de Cannes*, *Rec.*, tab., (à paraître). V. not., sur la résiliation unilatérale du contrat, CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.*, p. 246.

que du lien juridique préexistant entre les parties. Tel ne semble pas être le cas des pouvoirs de modification et de résiliation. Un temps confondus¹³⁰, ils méritent d'être distingués comme en atteste la situation des conventions d'administration : tandis que rien ne s'oppose à la présence d'un pouvoir de modification unilatérale à leur sujet (§1), il n'en va pas ainsi du pouvoir de résiliation unilatérale (§2).

§1. L'inclusion d'un pouvoir de modification unilatérale

759. Malgré leur nature, les conventions d'administration ne privent pas l'administration d'un réel pouvoir de modification. Le caractère directif de leurs stipulations se révèle tout à fait compatible avec les exigences relatives à la mutabilité de l'action administrative. Toutefois, les justifications de cette prérogative ne sont pas en tous points identiques à celles couramment avancées s'agissant des contrats administratifs (a). Il faut noter à l'inverse que les conditions de son utilisation sont proches de celles rencontrées en matière contractuelle (b).

a) Un pouvoir justifié

760. Longtemps débattue, la justification du pouvoir de modification unilatérale au sein des contrats administratifs donne encore lieu à quelques discussions. Un fondement juridique semble, malgré tout, partagé désormais par la majorité des auteurs (1°). Celui-ci peut servir de référence afin de proposer une justification tenant compte de la nature des conventions d'administration (2°).

1° La justification admise pour les contrats administratifs

761. La force obligatoire qui recouvre l'exécution des conventions admet des aménagements matérialisés, de façon originale, par le pouvoir de modification unilatérale¹³¹. Cependant, le fondement juridique de cette prérogative demeure, aujourd'hui encore, assez flou. Une approche téléologique a, un temps, prévalu au sein de la doctrine. Celle-ci revenait à considérer que « l'administration ne [devait] pas être indéfiniment liée [...] par des stipulations contractuelles devenues inadaptées

¹³⁰ G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, pp. 390-394.

¹³¹ V. sur l'existence d'un « principe de mutabilité » des contrats administratifs qui est notamment satisfait par l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale, CE Ass., 8 avr. 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, *Rec.*, p. 116. V. *contra*, niant la généralité de ce pouvoir et rappelant une partie du débat sur la question de l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale qu'il n'est pas possible de retracer ici, F.-P. BÉNOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP*, 1963, doct., 1775 ; H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 518 et s.

aux besoins des services »¹³². Dans cette optique, « le pouvoir de modification n'apparaît pas comme une simple manifestation des prérogatives de droit public dont l'administration dispose en général, comme une pure apparition de la puissance publique dans le contrat, mais comme *une illustration du rôle que joue la notion de service public dans les contrats administratifs* »¹³³. Sans être fautive, cette appréciation est apparue trop simplificatrice¹³⁴ ne serait-ce qu'en raison de l'existence de contrats administratifs dont la qualification résulte de leurs clauses exorbitantes. Voilà pourquoi M. Llorens a, par la suite, proposé une lecture moins restrictive du droit positif en énonçant que le pouvoir de modification unilatérale « procède plutôt de la nature des contrats administratifs et de la liberté d'action dont doivent bénéficier en toute circonstances les personnes publiques »¹³⁵. Ces différentes opinions suggèrent de ne pas consacrer un pouvoir général de modification sans faire quelques nuances. Tout d'abord, cet attribut peut être l'objet d'applications variables selon le contrat envisagé. Il arrive ainsi qu'il se manifeste avec une vigueur particulière, comme en témoignent les délégations de service public¹³⁶. Mais surtout, le principe général se trouve fréquemment remplacé par des stipulations contractuelles spécifiques. Les marchés de travaux publics offrent à ce titre une illustration probante. Ces deux tempéraments ne doivent pas être négligés, bien qu'ils n'affectent pas l'idée selon laquelle le pouvoir de modification unilatérale demeure fondamentalement lié à l'intérêt général qui anime l'exécution de tout contrat administratif¹³⁷.

762. Ce premier aperçu est suffisamment général pour embrasser la plupart des situations dans lesquelles l'administration recourt à son pouvoir de modification. Sans doute pourrait-il appeler des réserves. Mais il a au moins le mérite d'écarter une

¹³² A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 2, p. 335.

¹³³ *Ibid.*, p. 335. V. aussi, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 402.

¹³⁴ C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, on a proposé de réserver le pouvoir de modification unilatérale aux seuls « contrats de service public », v. sur ce point, H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, th. Bordeaux, 1980, p. 518 et s.

¹³⁵ F. LLORENS, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », note sous l'arrêt CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, RFD, 1984, p. 49.

¹³⁶ V. pour une illustration d'une concession de service public, CE, 6 mars 1989, *Union des transporteurs en commun de voyageurs des Bouches-du-Rhône*, req. n° 34015.

¹³⁷ V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1210 ; CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 100.

justification réduite aux seules prérogatives de puissance publique¹³⁸. Une telle approche ne serait pas exacte dans la mesure où bon nombre des changements affectant une convention résultent d'une simple adaptation aux circonstances. Par exemple, le juge administratif admet qu'ils puissent consister en un transfert entre deux sites à propos de la réalisation de travaux de mise en conformité¹³⁹. Au demeurant, ces changements peuvent supposer une révision des clauses financières afin de maintenir l'équilibre contractuel. Le Conseil d'État a rappelé en ce sens « qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats [...], le cocontractant, tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées, ayant droit au maintien de l'équilibre financier de son contrat »¹⁴⁰. Au surplus, l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale n'est pas considérée comme une clause exorbitante du droit commun.

Il est vrai néanmoins que la faculté reconnue au profit de l'administration s'opère par des moyens rares au sein des relations privées. En effet, la doctrine civiliste s'accorde sur le fait que l'unilatéralité y est exceptionnelle. Les ouvrages généraux ignorent d'ailleurs, la plupart du temps, cette possibilité¹⁴¹. Et il s'avère que toutes les hypothèses de modification du contrat, qu'elles soient d'origine législative ou jurisprudentielle, requièrent peu ou prou le consentement mutuel des parties¹⁴². En raison de l'attachement à la sécurité des relations contractuelles et au respect de l'autonomie de la volonté, la possibilité de modifier unilatéralement un contrat privé a ainsi, jusqu'alors, été écartée. Même s'il convient de noter que certains contrats privés spéciaux comportent des clauses habilitant l'une des parties à modifier unila-

¹³⁸ V. not. pour une telle proposition, G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th., Pedone, 1945, p. 365 et s. : « si l'administration a été seule à faire le contrat, si l'intérêt privé du cocontractant ne doit pas faire obstacle à l'intérêt général qu'elle poursuit, si elle reste Puissance Publique même lorsqu'elle contracte, on comprend que l'administration ait le droit de modifier unilatéralement ses contrats » (nous soulignons). Cependant, il faut noter que l'auteur nuance ensuite ses propos et renvoie également à la notion de service public.

¹³⁹ CE, 22 févr. 2008, *SARL NTA*, req. n° 274669.

¹⁴⁰ CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports de Cannes*, *Rec.*, tab., (à paraître, nous soulignons) ; CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33. V. sur cette question, L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, th., Bruylant, 2005, p. 510 et s.

¹⁴¹ V. not., A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat », 12^{ème} éd., 2010, pp. 226-231 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, pp. 280-283 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., t. 1, 2010, pp. 478-484 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, pp. 376-381 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, pp. 465-478. V. pour une tentative ancienne fondée sur l'idée de justice contractuelle, R. DEMOGUE, « Les modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTDciv.*, 1907, p. 245.

¹⁴² V. par ex., R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTDciv.*, 1983, p. 1.

téralement des éléments de la prestation¹⁴³. Mais alors il s'agit bien d'un pouvoir consenti par les auteurs de l'acte qui, au demeurant, est quelquefois réduit à une « faculté d'adaptation »¹⁴⁴. En pratique, la modification paraît moins imposée que sollicitée par l'une des parties et emprunte une voie consensuelle. Or cela n'affecte guère la présentation dressée par les ouvrages généraux : dans le silence des stipulations, le principe reste l'exclusion de la possibilité de modifier unilatéralement le contrat. De cette brève comparaison il ne faut pas en conclure que le fondement de la prérogative reconnue à l'administration se situerait dans la puissance publique. Cette faculté s'en inspire à maints égards tout en demeurant, fondamentalement et pragmatiquement¹⁴⁵, liée à la bonne marche du service.

763. En tous les cas, il est possible de ne pas suivre M. Llorens lorsqu'il remet en cause les fondements extra-conventionnels du pouvoir de modification unilatérale. Pour appuyer son opinion, cet auteur avance deux arguments principaux. Le premier consiste à induire l'identité de fondement des similitudes de régime entre les marchés de travaux publics et les contrats d'entreprise¹⁴⁶. Or cette proposition repose sur un postulat qui peut être discuté. Il n'existe, en effet, aucune automaticité logique entre l'existence de fondements différents et sa traduction par des régimes différents. On peut parfaitement accepter l'idée que des pouvoirs puissent provenir de sources distinctes tout en s'exerçant, en fait, de manière comparable. Et ce d'autant plus lorsque les contrats envisagés, bien qu'étant respectivement de nature administrative et privée, sont très proches d'un point de vue matériel. Le second argument avancé par l'auteur est, quant à lui, devenu inopérant. Il se résumait ainsi : « on chercherait en vain dans la jurisprudence administrative la confirmation de ce que le pouvoir de modification se fonde sur la notion de service public »¹⁴⁷. Comme le souligne M. Llorens, l'impossibilité de vérifier dans la jurisprudence le fondement

¹⁴³ V. F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 244-272.

¹⁴⁴ J. HUET, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, p. 1362 : « il est une obligation qui peut trouver à peser sur le prestataire et qui est de faire preuve de réceptivité devant les demandes de modification, par son cocontractant, des termes du travail à faire : en un mot, il s'impose qu'il ait une certaine faculté d'adaptation ».

¹⁴⁵ V. not., F. BRENET, note sous l'arrêt CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports de Cannes, DA*, 2011, comm. 3.

¹⁴⁶ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 269 : « pour qu'elle soit vraiment probante, il faudrait, en effet, que la présence du service public produise en toute circonstances, et devant n'importe quelle juridiction des effets spécifiques ».

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 269.

du pouvoir de modification provient de l'absence de contrôle du juge sur les motifs de l'exercice de cette prérogative. Dès lors, il faut reconnaître que le Conseil d'État ne saurait confirmer le fondement extra-conventionnel. Mais on ne saurait davantage en déduire que celui-ci en infirme l'exactitude. Au contraire, les évolutions jurisprudentielles semblent fournir aujourd'hui un argument au soutien d'un pouvoir justifié par des impératifs d'intérêt général¹⁴⁸. Dès lors, ces arguments n'emportent pas forcément la conviction. Et il faut ajouter que le fondement suggéré par cet auteur présentait un inconvénient de taille. Selon ses termes, le pouvoir de modification unilatérale existe parce que l'administration « est « maître » de l'ouvrage et que la construction est dans tous les cas une opération trop importante pour qu'aucun propriétaire puisse abdiquer ses prérogatives »¹⁴⁹. En réduisant l'administration à un propriétaire *lambda*, on limiterait trop étroitement sa marge de manœuvre. En effet, les potentialités de l'intérêt général offrent certainement aux personnes publiques des facultés d'action plus importantes à l'égard des clauses conventionnelles. Or cette latitude peut s'avérer très utile en certaines circonstances. Aussi ne serait-il pas satisfaisant de rattacher le pouvoir de modification unilatérale à la seule qualité de maître d'ouvrage en adoptant une perception catégorielle des contrats administratifs. Si ce rôle comporte des prérogatives certaines, elles sont vraisemblablement moins étendues que celles animées par l'intérêt général.

2° La justification propre aux conventions d'administration

764. Rien ne paraît s'opposer à ce que les conventions d'administration renferment, à l'instar des contrats administratifs, un pouvoir de modification unilatérale au profit de la partie publique. Quand bien même serait admise la force obligatoire qui s'attache à ces procédés conventionnels¹⁵⁰, cela n'empêcherait pas la reconnaissance d'un principe de mutabilité. En effet, aucun motif n'oblige à traiter différemment les actes conventionnels sur ce point. L'existence d'une telle prérogative se justifie même plus aisément à l'endroit des conventions d'administration, et ce pour trois raisons. Sans doute l'explication téléologique avancée au sujet des contrats est-elle, tout d'abord, valable pour la plupart des actes relevant du droit administratif. Selon toute vraisemblance, elle joue donc aussi pour les conventions

¹⁴⁸ CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports de Cannes*, *Rec.*, tab., (à paraître).

¹⁴⁹ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, p. 271.

¹⁵⁰ Comme cela a été suggéré, v. *supra*, n° 193.

d'administration. En définitive, s'il s'avère que l'une des directives fixées ne satisfait pas pleinement aux impératifs d'intérêt général qui ont guidé la signature de la convention, cette dernière doit pouvoir être modifiée unilatéralement. Plusieurs cas de figure pourraient illustrer une pareille hypothèse. Par exemple, un contrat d'objectifs et de moyens signé entre l'État et l'un de ses établissements publics peut faire l'objet d'ajustements en cours d'exécution sur les missions à mener. D'autant que la prérogative étatique complète, en ce cas, les pouvoirs détenus par cette autorité de tutelle. Il convient néanmoins d'opérer une distinction stricte entre ces deux fondements qui ne se confondent pas en théorie¹⁵¹. Soulignons encore que le pouvoir de modification unilatérale a été reconnu par le législateur, de manière implicite, à propos des contrats de plan. Tandis que l'exposé des motifs de la loi du 29 juillet 1982 prévoyait qu'il n'était possible ni de résilier ni de modifier la convention¹⁵², l'article 12 n'a retenu finalement que la prohibition touchant à la résiliation¹⁵³. Ainsi, en ne mentionnant pas l'impossibilité de modifier unilatéralement certaines clauses, on peut penser que le législateur a souhaité ne pas écarter cette attribution¹⁵⁴. Ensuite, l'aléa qui entoure la réalisation des clauses directives corrobore la faculté d'en changer unilatéralement le contenu. C'est là une particularité des conventions d'administration. Les parties ne sauraient, en effet, ignorer l'insécurité juridique attachée à ces procédés souples et dépourvus d'obligation. L'évolution des stipulations, même décidée par une seule partie, est quasi-inhérente à ces méthodes conventionnelles d'encadrement¹⁵⁵. Enfin, il faut bien reconnaître que les contraintes pesant sur les contrats de la commande publique n'intéressent pas les conventions d'administration. C'est pourquoi la mutabilité des clauses ne se heurte pas ici aux

¹⁵¹ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 127.

¹⁵² Exposé des motifs de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441 : « La loi prévoit expressément l'égalité des parties contractantes, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'État de résilier ou de modifier unilatéralement les stipulations des contrats. Ce principe d'égalité des parties est aussi un principe de sanction de la non-exécution ou du non-respect par l'État des clauses des contrats qu'il a souscrits ».

¹⁵³ Art. 12 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441 : « Les contrats de plan sont conclus suivant une procédure fixée par décret en Conseil d'Etat. Ils ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément ».

¹⁵⁴ V. *contra*, J.-F. JOYE, « Vers un renforcement de la valeur juridique des contrats de plan entre l'État et les régions ? Libre propos sur une jurisprudence récente », *CMP*, 2002, chron. 4, p. 6.

¹⁵⁵ V. par ex., C. PICQUEMAL-PASTRÉ, « Une expérience d'acte économique : le contrat de programme », *RDP*, 1974, p. 353.

exigences concurrentielles¹⁵⁶. De la sorte, l'existence d'un pouvoir de modification semble plus acceptable encore pour les conventions d'administration.

765. Pour autant, les règles de mutabilité ne jouent pas un rôle comparable à celui qu'elles assurent au sein des contrats administratifs. Bien que cette appréciation puisse sembler paradoxale, elle trouve plusieurs explications tout à fait convaincantes. En somme, les possibilités de modification contractuelle sont classiquement présentées par la doctrine comme une originalité de l'action publique. André de Laubadère soulignait jadis que la notion de changement de circonstances introduisait « dans le contrat administratif des possibilités d'évolution et de mutabilité qui contrastent indiscutablement avec la fixité beaucoup plus grande du contrat civil »¹⁵⁷. Plus révélatrice encore est la proposition selon laquelle « la mutabilité du contrat administratif est, au sens propre, une condition vitale de celui-ci »¹⁵⁸. Ces affirmations montrent combien le pouvoir de modification unilatérale relève de l'essence même de la notion de contrat administratif, et ce malgré la primauté pratique des aménagements consensuels¹⁵⁹. S'agissant des conventions d'administration, le lien théorique apparaît bien moins étroit. Il semble, en effet, que cette prérogative ne soit pas aussi indispensable à leur endroit. Cela se traduit d'ailleurs dans les faits puisque ces procédés sont très peu soumis à de tels changements et qu'ils comprennent très rarement des clauses attribuant un pouvoir de modification unilatérale. À cet égard, M. Douence fournit un élément de compréhension de l'état du droit tel qu'il apparaît aujourd'hui s'agissant des conventions d'administration entre personnes publiques. L'exercice du pouvoir de modification étant fondé sur l'intérêt général, « il se heurte dans [ces] convention[s] à un autre intérêt général également légitime et non à un intérêt privé qui peut être sacrifié moyennant indemnisation »¹⁶⁰. Cette idée semble parfaitement transposable à la plupart des procédés conventionnels qui orientent l'action des administrations. Elles se situent presque tou-

¹⁵⁶ V. s'agissant des contrats, H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, not. pp. 174-176.

¹⁵⁷ A. de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 2, p. 25.

¹⁵⁸ Y. GAUDEMET, Préf. à la thèse de H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, p. VIII.

¹⁵⁹ V. not., F. LLORENS, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », note sous l'arrêt CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RFD*, 1984, p. 45 ; H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, p. 275 et s. : l'auteur présente la modification conventionnelle comme le « mode normal » de modification.

¹⁶⁰ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 127.

jours à la rencontre de plusieurs intérêts publics. Ce qui a pour effet de rendre très délicat l'exercice d'un pouvoir de modification unilatérale par l'une des parties, quand bien même celui-ci serait théoriquement possible¹⁶¹.

En outre, ne comportant que des stipulations directives, leur faible intensité juridique commande une appréciation d'autant plus circonspecte¹⁶². Signées pour une durée déterminée et plutôt courte, les conventions d'administration peuvent fort bien, lorsqu'elles arrivent à leur terme, être suivies d'un nouvel acte tenant compte des difficultés rencontrées ou des objectifs non atteints. C'est souvent à cette occasion que des modifications sont apportées de façon consensuelle par les parties¹⁶³. Précisons aussi que pour les conventions dont la durée est plus longue des modalités de révision sont systématiquement prévues par les clauses. Tel est notamment le cas des contrats de projets¹⁶⁴, des contrats territoriaux¹⁶⁵ ou encore des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens dans le domaine hospitalier¹⁶⁶. En définitive, il s'avère donc plus opportun de ne pas opérer de modifications unilatérales en cours d'exécution d'une convention. La signature d'une autre convention, voire d'un avenant¹⁶⁷, est plus conforme à ce mécanisme d'orientation qui n'engage fréquemment que des personnes publiques dont l'ambition consiste précisément à se passer de leurs prérogatives de commandement. Malgré tout, le fait que les conventions

¹⁶¹ On préfère ainsi, pour les contrats de transfert de services entre personnes publiques, insérer des clauses de modification nécessitant l'accord des parties, v. CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle, Rec.*, p. 105.

¹⁶² V. en ce sens, P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 226.

¹⁶³ V. not., Y. MADIOT, « Les contrats de plan, une technique juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n° 29), pp. 13-14 ; J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, pp. 79-80.

¹⁶⁴ V. par ex., la clause générale de révision du contrat de projets signé le 20 mars 2007 entre l'État et la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, p. 10 (document consulté sur le site www.regionpaca.fr) ; les clauses de mise en œuvre du contrat de projets signé le 5 mars 2007 entre l'État et la région Aquitaine, pp. 68-69 (document consulté sur le site www.aquitaine.pref.gouv.fr). V. pour des applications concrètes, la révision du contrat de projets de la région Bretagne établie par le comité de suivi le 18 janv. 2011 ; la révision du contrat de projets de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur établie par le comité de suivi le 16 mai 2011.

¹⁶⁵ V. par ex., l'art. 9 du contrat territorial signé entre la région du Languedoc-Roussillon, le département des Pyrénées-Orientales et le Pays Pyrénées-Méditerranée dans sa version du 11 mars 2008 (document consulté sur le site www.payspyreneesmediterranee.org).

¹⁶⁶ Art. L. 6114-1 al.3 du Code de la santé publique. V. par ex., l'art. 11 du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens signé entre l'Agence régionale de l'hospitalisation de Bretagne et le Centre hospitalier de Fougères pour la période 2010-2014 (document consulté sur le site www.ch-fougeres.fr).

¹⁶⁷ V. par ex., l'art. 5.4 d'un règlement portant sur les contrats ruraux prévoit : « À titre exceptionnel, une collectivité peut modifier un contrat signé, après délibération de la Commission Permanente du Conseil Régional et du Conseil Général. Cet avenant ne peut porter que sur l'annulation partielle ou totale d'une opération et son remplacement par une autre d'un montant inférieur ou égal. Un avenant peut prévoir une prorogation d'un an au maximum de la durée du contrat, sur justification de la collectivité ».

d'administration soient peu propices à la mise en œuvre du pouvoir de modification n'empêche pas son exercice. Celui-ci répond logiquement à un certain nombre de conditions.

b) Un pouvoir conditionné

766. *A priori* inopportune, la modification unilatérale d'une convention d'administration est, au surplus, conditionnée par deux impératifs liés à sa motivation. Elle doit reposer sur un changement de circonstances ou un motif d'intérêt général, chacun de ces éléments pouvant justifier la mise en œuvre de cette prérogative par une partie publique. Bien évidemment, cela a pour conséquence de circonscrire les possibilités de modification des clauses conventionnelles. Ainsi une certaine stabilité est-elle assurée à ces procédés dont la nature, il ne faut pas l'oublier, vise à orienter et à rendre plus prévisible l'action administrative. Que resterait-il de ces instruments si les signataires ne disposaient d'aucune assurance quant au maintien des directives jusqu'au terme fixé par l'acte ? La reconnaissance de limites apparaît, dès lors, essentielle afin de proscrire des changements purement arbitraires et préserver une sécurité minimale aux conventions d'administration. À cet égard, il convient de mesurer la portée de chacune de ces conditions tenant à la motivation d'une modification unilatérale.

767. Premièrement, il n'est guère étonnant de retrouver ici l'exigence d'un changement de circonstances. Il s'agit d'une condition ordinairement évoquée au sujet des contrats administratifs. En ce sens, les auteurs du *Traité des contrats administratifs* affirment : « l'exercice du pouvoir de modification suppose que des changements de circonstances se sont produits, qui justifient cette mise en œuvre »¹⁶⁸. De même, on fait valoir que « l'administration ne peut agir selon son bon plaisir en faisant un usage totalement libre de ce pouvoir de modification unilatérale. Son exercice reste conditionné par l'existence vérifiée de « circonstances nouvelles » »¹⁶⁹. Très logiquement, cette condition est applicable aux conventions d'administration puisque l'aménagement de la force obligatoire attachée à la convention ne saurait être arbitraire. D'ailleurs, des considérations diverses obligent souvent les parties à justifier les modifications apportées en cours d'exécution de l'acte par des impératifs techniques, un contexte économique ou encore des besoins nouveaux et ce, même lors-

¹⁶⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 403.

¹⁶⁹ Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, p. 393.

que les changements sont consensuels¹⁷⁰. En témoigne le contrat de projets de la région Ile-de-France puisqu'il énonce qu'il peut « être révisé en tout ou partie d'un commun accord entre l'État et la région *lorsque les conditions d'exécution du contrat démontrent la nécessité de procéder à une amélioration de certaines clauses* »¹⁷¹.

768. Secondement, il pourrait sembler plus surprenant de permettre des modifications au regard de motifs d'intérêt général. Cette raison n'est du reste pas toujours mentionnée dans les ouvrages à propos des contrats et apparaît trop incertaine pour limiter l'administration. Il faut cependant s'y référer dans la mesure où elle implique des hypothèses qui ne se justifient pas toujours par les circonstances. À ce titre, un rapprochement avec les modalités d'exécution des directives *Crédit foncier de France* s'avère utile. En effet, celles-ci sont appliquées sauf si les destinataires invoquent la « particularité de leur situation au regard des normes » ou des « considérations d'intérêt général »¹⁷². En associant ces deux conditions, le juge administratif offre une plus grande latitude d'action à l'administration dans la mise en œuvre des directives. Cette liberté rend parfaitement compte de la nature de ce procédé d'orientation. Et on comprendrait mal qu'une faculté comparable ne soit pas consacrée à l'endroit des conventions d'administration. Il ne s'agit certes pas seulement ici de déroger à l'application des directives, mais de modifier ces dernières. Pour autant, ni cela ni leur nature conventionnelle n'empêchent de s'inspirer de ces mécanismes pour adapter, le cas échéant, l'exécution des orientations stipulées. Cette seconde condition liée aux motifs d'une décision de modification assure ainsi une plus grande souplesse à ces instruments juridiques.

769. Jusqu'alors, ces motivations n'ont cependant guère fait l'objet d'un contrôle¹⁷³. Le juge administratif se borne à vérifier si – l'économie contractuelle ayant été bouleversée – les modifications apportées ont donné lieu à un rééquilibrage financier. Si tel n'est pas le cas, il arrive que la faute commise par l'administration conduise le juge à octroyer des dommages-intérêts ou même, lorsqu'elle est d'une extrême gravité, à prononcer la résiliation de l'acte¹⁷⁴. Cette réserve du juge adminis-

¹⁷⁰ Parmi beaucoup d'autres exemples d'adaptation des contrats de projets, v. le contrat de projets signé entre l'État et la région Champagne-Ardenne, auquel certaines mesures ont été ajoutées en cours de réalisation (modifications à l'ordre du jour de la séance plénière du Conseil régional du 23 mai 2011).

¹⁷¹ Contrat de projets signé le 23 mars 2007 entre l'État et la région Ile-de-France pour la période 2007-2013, p. 57.

¹⁷² CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750.

¹⁷³ V. impl., cependant, CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, *Rec.*, p. 61.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 61 ; V. auparavant, CE, 23 juin 1920, *Briançon*, *Rec.*, p. 624.

tratif à contrôler les mesures d'exécution des conventions est en elle-même préjudiciable au respect des limites fixées à l'administration. Mais elle se comprend aisément puisqu'elle reflète le souci du juge de ne pas trop s'immiscer au sein des relations conventionnelles. Cela est souvent relevé par la doctrine et il n'y a pas de raison de penser que l'attitude du juge devrait être différente à l'égard des conventions d'administration. En revanche, on peut gager que la décision *Commune de Béziers*¹⁷⁵ est porteuse de nouvelles perspectives en cette matière. Elle symbolise tout à fait la politique jurisprudentielle contemporaine qui veille à garantir une meilleure sécurité à l'acte conventionnel¹⁷⁶. Cette ambition devrait passer par un contrôle plus étroit du juge administratif des conditions de modification unilatérale.

770. Aux limites touchant au motif des modifications unilatérales s'en ajoutent d'autres visant leur objet. De même que les changements apportés par l'une des parties ne sauraient porter sur les clauses essentielles d'un contrat¹⁷⁷ – celles qui sont absolument nécessaires à son existence – il ne paraît pas envisageable de permettre une telle faculté pour les conventions d'administration. Il s'agit d'une condition d'exercice parfaitement logique puisqu'admettre le contraire reviendrait à ruiner l'idée même de convention. En effet, cela aurait pour conséquence de laisser l'une des parties à la merci de l'autre et de permettre à cette dernière d'ignorer ce qui a été convenu précédemment. Bien évidemment, une pareille conception ne serait pas acceptable. S'il est possible d'apporter des aménagements substantiels aux clauses¹⁷⁸, cette faculté ne doit pas toucher à l'essence de l'acte. D'ailleurs, l'évidence de cette limite explique que les auteurs s'accordent sur ce point et n'éprouvent pas le besoin de développer une argumentation juridique pour la défendre.

771. En revanche, des discussions se poursuivent sur l'inclusion ou non des stipulations financières parmi les éléments insusceptibles d'être modifiés unilatéralement. Traditionnellement, la doctrine estime qu'il est impossible d'altérer ces clauses¹⁷⁹. Mais d'autres auteurs soutiennent, au contraire, que de telles modifica-

¹⁷⁵ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

¹⁷⁶ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 250 et s.

¹⁷⁷ V. à propos d'une « modification profonde de l'objet » d'un marché, CE, 14 mars 1980, *SA Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques (CITREM)*, *Rec.*, tab., p. 789.

¹⁷⁸ Mais cette faculté peut avoir pour les contrats des conséquences importantes quant aux exigences de mise en concurrence. Ainsi des modifications substantielles peuvent-elles conduire à de nouvelles procédures d'attribution du contrat. V. not., CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, *BJCP*, 2010, p. 259, note Ch. Maugué.

¹⁷⁹ V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1210 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 703 ; B. SEILLER,

tions sont parfaitement acceptables sous certaines conditions. Ainsi, M. Richer affirme : « quand la rémunération ne provient pas de la collectivité publique, une modification tarifaire assortie de l'indemnisation du préjudice causé n'est pas inconcevable et, dès lors que le préjudice est réparé, il n'y a pas de raison pour exclure la modification unilatérale »¹⁸⁰. Pour appuyer son opinion, cet auteur cite les termes de la décision *Union des transports publics urbains et régionaux*¹⁸¹. Cette référence n'est pas pleinement convaincante dans la mesure où la modification des clauses financières n'y est visée, de façon explicite, qu'au titre de la révision du contrat. C'est-à-dire qu'elle résulte d'un bouleversement économique de l'opération. Autrement dit, les clauses financières ne sont pas l'objet premier de la modification, il ne s'agit que d'une conséquence du changement de l'équilibre conventionnel. Néanmoins, l'idée avancée par M. Richer pourrait être reprise pour une tout autre raison. Dans l'hypothèse qu'il envisage, la détermination de la tarification relève du pouvoir général d'organisation du service public et intéresse l'ensemble des usagers. Ainsi, il est possible de comparer cette situation à celle de la réglementation d'une mission d'intérêt général. On se situe alors dans un contexte tout à fait particulier, qui n'est en rien assimilable aux stipulations financières habituelles. Sous cette réserve, le pouvoir de modification unilatérale pourrait toucher aux clauses tarifaires, ce qui impliquerait, le cas échéant, le rétablissement de l'équilibre économique du contrat.

Reste que, pour la majorité des contrats, l'impossibilité touchant aux clauses financières s'explique par une considération pratique. Puisque, par définition, la modification de pareilles stipulations aurait, selon toute vraisemblance, pour effet de déséquilibrer l'économie de l'opération, elle devrait donner lieu à des compensations. On aboutirait alors à un résultat paradoxal car les changements souhaités par la personne publique seraient alors neutralisés¹⁸². Par ailleurs, la mise en œuvre de cette prérogative pour les contrats administratifs se heurte aux exigences concurrentielles et se voit concurrencée par une multiplication des modifications par voie d'avenants. Si les conventions d'administration sont épargnées par ces premiers im-

Droit administratif, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, p. 202 ; CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 100 ; v. impl., Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, pp. 390-393.

¹⁸⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., p. 254. V. aussi, sur l'ensemble de la question, H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009, pp. 182-217.

¹⁸¹ CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33.

¹⁸² V. impl., en ce sens, P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité juridique », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 352-353.

pératifs, elles sont en revanche sujettes à des procédures de révision¹⁸³. En tout cas, ces mécanismes ne chassent pas tout pouvoir de modification unilatérale. Toutefois, cette habilitation de principe ne doit surtout pas dissimuler que sa mise en œuvre est très exceptionnelle. La modification des directives conventionnelles passe, en effet, plus volontiers par des procédés consensuels figurant ou non au sein des stipulations conventionnelles. En définitive, une partie n'a aucun intérêt à opérer seule une modification dans le cadre de ces instruments conventionnels dont le contenu est caractérisé par la souplesse. C'est là une considération de bon sens.

§2. L'exclusion d'un pouvoir de résiliation unilatérale

772. À la différence des « règles générales » qui régissent l'exécution des contrats administratifs, celles applicables aux conventions d'administration ne prévoient pas la possibilité pour les parties de résilier unilatéralement l'acte. Cette exclusion distingue nettement ces deux catégories juridiques. Elle peut surprendre dans la mesure où un pouvoir de modification unilatérale n'est, quant à lui, pas écarté. Toutefois, l'absence de pouvoir de résiliation unilatérale paraît bien conforme à ces procédés (a) et il n'est guère étonnant qu'elle fasse parfois l'objet de consécutions textuelles (b).

a) Une exclusion motivée

773. Peu de principes juridiques applicables aux contrats administratifs bénéficient d'un consensus comparable à celui que revêt l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale au bénéfice de l'administration¹⁸⁴. Non pas que cette attribution ne soulève aucune difficulté. Certaines situations provoquent encore des hésitations légitimes. Cela est vrai, en particulier, s'agissant des contrats passés entre personnes publiques¹⁸⁵. Malgré tout, la doctrine s'accorde tant sur l'importance que sur les fondements du pouvoir de résiliation unilatérale au sein des contrats administra-

¹⁸³ V. par ex., la clause générale de révision du contrat de projets signé le 20 mars 2007 entre l'État et la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, p. 10 (document consulté sur le site www.regionpaca.fr) ; les clauses de mise en œuvre du contrat de projets signé le 5 mars 2007 entre l'État et la région Aquitaine, pp. 68-69 (document consulté sur le site www.aquitaine.pref.gouv.fr). V. encore l'art. 38 du contrat d'objectifs et de performance signé le entre l'État et l'Établissement français du sang, pour une période allant de 2010 à 2013 (document consulté sur le site : www.sante.gouv.fr).

¹⁸⁴ V. not., Ch. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008, pp. 393-396 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., p. 240 et s.

¹⁸⁵ Même si le juge administratif a confirmé cette possibilité, v. CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534. V. aussi, très explicitement, B. DACOSTA, concl. sur l'arrêt CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, *BJCP*, 2009, p. 154.

tifs¹⁸⁶. Sans davantage d'explication, Jean Kahn soulignait d'ailleurs qu'il s'agit d'une « prérogative normale de l'administration »¹⁸⁷. Il ajoutait simplement que la résiliation unilatérale « n'est justifiée que par les nécessités du service et [...] ouvre à l'autre partie un droit à indemnité »¹⁸⁸. En cela, la Haute Assemblée l'a suivi puisqu'elle a tranché le litige soumis en confirmant qu'il appartenait à l'administration « en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin »¹⁸⁹ au marché visé. André de Laubadère apporta des éléments complémentaires au soutien de cette faculté. Pour lui, « le droit de résiliation se justifie par l'idée générale que les services publics devant toujours pouvoir être adaptés, modifiés, supprimés, et leurs besoins étant changeants, la collectivité publique doit toujours pouvoir mettre fin à des prestations devenues inutiles à l'intérêt général »¹⁹⁰. Au gré des décisions, le juge administratif a donné plusieurs exemples de motifs autorisant la résiliation unilatérale d'un contrat¹⁹¹. On mesure alors la continuité qui imprègne les pouvoirs généraux de l'administration contractante. À des degrés différents, les pouvoirs de modification et de résiliation répondent à des exigences similaires. Il ne faut pas y voir un argument pour confondre ces attributions ; celles-ci demeurent bien distinctes. En revanche, on peut raisonnablement penser que ces prérogatives sont toujours associées en théorie. *A priori*, l'une ne va pas sans l'autre. Or les conventions d'administration invitent, au contraire, à procéder à une séparation franche entre ces deux pouvoirs. Tandis qu'il

¹⁸⁶ Ne sera pas évoquée dans le cadre de cette étude la « résiliation-sanction » dans la mesure où elle ne présente guère d'intérêt pour les conventions d'administration. Seule sera étudiée la résiliation pour motif d'intérêt général, donc sans faute du cocontractant.

¹⁸⁷ J. KAHN, concl. sur l'arrêt CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *AJDA*, 1958, II, p. 286 (nous soulignons).

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 286.

¹⁸⁹ CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.*, p. 246 ; CE Ass., 2 févr. 1987, *Société TV6*, *Rec.*, p. 28 ; CE, 31 juill. 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, *Rec.*, p. 334 ; CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, le Vigan*, *Rec.*, (à paraître). Notons que dans cette dernière décision, le juge administratif donne des indications sur la proportionnalité de l'indemnisation versée au cocontractant de l'administration.

¹⁹⁰ A. de LAUBADÈRE, note sous l'arrêt CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *D.*, 1958, jur., p. 733. V. aussi, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010, not. pp. 130-131.

¹⁹¹ V. s'agissant de difficultés d'ordre technique nécessitant l'abandon d'un projet d'établissement scolaire, CE Sect., 22 janv. 1965, *Société établissements Michel Aubrun*, *Rec.*, p. 50 ; s'agissant de la réorganisation d'un service public, CE, 26 févr. 1975, *Société du port de pêche de Lorient*, *Rec.*, p. 155 ; s'agissant du coût élevé et de la faible rentabilité d'un projet de liaison ferroviaire, CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *Rec.*, p. 534. V. *contra*, sur l'absence d'intérêt général à résilier un contrat de concession sur la base d'un projet de loi, CE Ass., 2 févr. 1987, *Société TV6*, *Rec.*, p. 28 ; v. aussi, CAA Bordeaux, 1^{er} déc. 2009, *Société quincaillerie Mogalia fils*, req. n° 09BX01451.

est théoriquement possible pour l'administration de modifier unilatéralement lesdits actes, elle ne dispose pas, en principe, de la possibilité de les résilier par sa seule volonté. Cette dissociation peut sembler paradoxale mais se justifie eu égard à la nature et à l'utilité de ces procédés.

774. En premier lieu, la nature spécifique des conventions d'administration fournit un argument pour justifier l'absence de pouvoir de résiliation unilatérale. Dans la mesure où leurs stipulations ne contiennent que des énoncés directifs, les parties se trouvent faiblement liées par l'acte conclu. Tout juste s'engagent-elles à poursuivre un certain nombre d'objectifs. Cependant, à la différence des contrats, elles ne sont pas tenues par de véritables obligations juridiques. Ainsi, la nature des conventions d'administration suggère une plus grande liberté d'action au profit des signataires. Cela ne revient pas à dire que ces procédés ne les engagent pas. Mais on peut comprendre que les parties puissent, en particulier, aménager facilement les clauses conventionnelles. C'est d'ailleurs là tout l'intérêt des procédures de révision comprises, explicitement ou non, au sein des conventions d'administration. Il s'agit donc de phénomènes singulièrement flexibles. En exploitant pleinement les facultés d'adaptation permises par ces instruments souples, on réduit d'autant l'intérêt d'un pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général, et de la résiliation en elle-même. En d'autres termes, la nature directive des stipulations conventionnelles retire toute pertinence au pouvoir de résiliation unilatérale. S'il existait, il ne servirait pas, en tout état de cause, comme un ultime rempart pour garantir l'intérêt général lorsque ce dernier exige que l'acte ne soit plus exécuté à l'avenir. Des modalités plus souples suffisent ici à satisfaire cette préoccupation. Cette déduction sépare un peu plus les conventions d'administration des contrats.

775. En second lieu, permettre la résiliation unilatérale viderait les conventions d'administration d'une partie de leur utilité. Elles n'ont d'intérêt, en effet, que dans la mesure où elles garantissent le maintien d'orientations pendant une durée déterminée. Aussi les signataires n'ont-ils vraisemblablement aucune raison de prononcer la résiliation de l'acte de façon unilatérale. La mise en œuvre d'une telle prérogative resterait donc très exceptionnelle. Au demeurant, il arrive déjà rarement que les parties résilient de manière consensuelle une convention d'administration. Car, en choisissant ce procédé, les acteurs publics se détournent des moyens unilatéraux. Ils optent pour une méthode d'administration qui favorise la négociation. Dès lors, il paraît logique que les personnes publiques se dépouillent de certaines prérogatives dont l'utilité s'avère limitée. Il ne faut pas négliger, à cet égard, le fait que les conventions d'administration proviennent d'un choix, d'une volonté d'administrer de façon différente. Tel n'est pas le cas des contrats puisqu'ils sont indispensables aux

personnes publiques pour satisfaire de nombreux besoins. Autrement dit, dans la première hypothèse, la convention est une option tandis que, dans la seconde, c'est une nécessité. Cette différence peut justifier que l'administration perde certaines prérogatives lorsqu'elle passe une convention d'administration.

776. En dernier lieu, il arrive que l'exclusion du pouvoir de résiliation unilatérale soit reliée au souci d'établir une égalité entre les parties¹⁹². Sans être dépourvue d'intérêt, cette justification n'emporte pas toujours la conviction dans la mesure où la réalité est ambivalente. Certes, dans le cadre des anciens contrats de plan, l'exclusion du pouvoir de résiliation unilatérale pouvait s'expliquer par la volonté d'équilibrer les relations entre l'État et les collectivités régionales afin d'en faire de réels partenaires¹⁹³.

Mais cette justification devient fort contestable lorsque sont analysés des procédés réunissant des entités entre lesquelles existe, par exemple, un contrôle de tutelle et non un contrôle de légalité. Dans cette hypothèse, on ne saurait soutenir sérieusement que l'exclusion d'un pouvoir de résiliation unilatéral vise à établir une égalité entre les signataires. Tel ne saurait être le cas eu égard au rapport tutélaire. En témoignent les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens dans le domaine hospitalier. À leur propos, le Code de la santé publique prévoit un pouvoir de résiliation unilatérale seulement en cas de manquement de l'établissement public¹⁹⁴. Rien n'est indiqué, en revanche, concernant le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Sans doute ce mutisme ne signifie-t-il pas automatiquement que cette prérogative soit écartée. Il peut cependant être interprété ainsi à la lumière des éléments précédents. De la sorte, il semble possible que des conventions d'administration reposant sur une inégalité institutionnelle écartent néanmoins la fa-

¹⁹² Cela est, du reste, le signe des distances prises avec la construction jurisprudentielle du droit des contrats administratifs qui concernait avant tout des relations entre personnes publiques et privées. Dès lors, il peut sembler logique que les « règles générales » ne soient pas toujours adaptées aux conventions entre personnes publiques (v. not., N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, pp. 563-564). Toutefois, cela n'empêche pas la possibilité de résilier unilatéralement des contrats administratifs entre l'État et des collectivités territoriales (CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *Rec.*, p. 534).

¹⁹³ V not., des articles reproduisant ce passage, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 16. Du point de vue de la science administrative, il faut reconnaître néanmoins que la prépondérance de l'État, du moins lors des premières générations de contrats de plan, altère beaucoup l'idée d'une relation reposant sur l'égalité des parties, v. par ex., E. MERLE et S. LOUIS, *Les ambiguïtés de la planification décentralisée : l'expérience des contrats de plan*, th. Amiens, 1986, spéc. pp. 299-300 et p. 415 et s.

¹⁹⁴ Art. L. 6114-1 du Code de la santé publique.

culté pour l'une des parties de résilier unilatéralement l'acte. En conséquence, la justification avancée initialement pour les contrats de plan s'avère moins pertinente. Et cela incite à voir dans cette réserve à l'égard du pouvoir de résiliation unilatérale une manifestation de la nature et de la finalité des conventions d'administration.

777. En définitive, les deux premiers motifs paraissent suffisants pour justifier l'absence de pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre des conventions d'administration. Toutefois, ce principe pourrait subir des aménagements en tenant compte de deux éléments contextuels. D'une part, même si le lien institutionnel entre les parties ne remet pas automatiquement en cause l'exclusion de cette faculté, on peut estimer qu'il pourrait justifier des dérogations ponctuelles. Il en irait ainsi, par exemple, des conventions d'administration signées entre des entités dont l'une exerce un pouvoir hiérarchique sur l'autre. D'autre part, la nature des intérêts publics poursuivis pourrait éventuellement inciter à réintroduire la possibilité de résilier de façon unilatérale l'acte conclu. Ce serait là une application de l'idée selon laquelle l'intérêt local doit céder devant l'intérêt national. Tout ceci crée entre les parties des rapports de force qui influent sur l'utilisation des conventions d'administration et, en particulier, sur la mise en œuvre de prérogatives spécifiques. En tout état de cause, ces procédés chassent en théorie tout pouvoir de résiliation unilatérale comme le droit positif le consacre souvent.

b) Une exclusion consacrée

778. À propos de différentes situations, le législateur et les acteurs publics ont confirmé l'exclusion d'un pouvoir de résiliation unilatérale dans le cadre des conventions d'administration. Ces interventions n'ont pas eu pour objet de prohiber cette faculté pour l'ensemble de la catégorie juridique. Toutefois, en consacrant ponctuellement cette impossibilité, elles incitent à penser que la prohibition unilatérale a un champ plus large. Car il semble bien que l'idée qui sous-tend la solution retenue soit la même : elle traduit essentiellement la nature non-normative et la finalité des procédés juridiques concernés.

779. D'une part, le législateur a explicitement exclu l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale au sujet des contrats de plan État-région. En effet, l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit que ces actes « ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et conditions qu'ils

stipulent expressément »¹⁹⁵. Notons que la même interdiction vaut aussi pour les contrats pluriannuels d'entreprise dont la conclusion est permise par la loi relative aux nouvelles régulations économiques¹⁹⁶. Cette formulation restrictive laisse entendre, de la manière la plus nette, que les parties ne sont pas habilitées à résilier unilatéralement la convention¹⁹⁷. On pourrait éventuellement penser que la loi réserve la possibilité aux parties de prévoir une telle prérogative par une clause spécifique. Néanmoins, cela semble exclu par la rédaction même du texte de loi. De surcroît, l'exposé des motifs de la loi portant réforme de la planification ne laisse guère de doute sur l'intention du législateur. Il énonce que le texte « prévoit expressément l'égalité des parties contractantes, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'État de résilier [...] unilatéralement les stipulations des contrats »¹⁹⁸. L'interdiction contenue dans la loi est donc ferme : la résiliation de la convention ne peut s'opérer par la volonté d'une seule partie. Cette règle provient vraisemblablement de la crainte que ces instruments de planification soient utilisés afin de réintroduire une tutelle de l'État sur les collectivités territoriales. Et c'est dans cette seule optique qu'il faut comprendre la consécration de l'égalité des parties. Par suite, les clauses des différentes générations de contrats de plan ont logiquement repris cette prescription légale¹⁹⁹. De même, les actuels contrats de projets, qui ont succédé aux anciens contrats de plan, s'inscrivent dans la même logique. Ils prévoient tous, à quelques exceptions près, la

¹⁹⁵ Art. 12 de la loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.

¹⁹⁶ Art. 140 de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.

¹⁹⁷ V. not. en ce sens, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70 ; E. FATÔME et J. MOREAU, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, p. 146 ; O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 101 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 16 ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 564. V. *contra*, D. POUYAUD et S. GILBERT, « Les contrats entre personnes publiques », *J.-Cl. adm.*, fasc. 675, 2009, p. 9 : « le Conseil d'État a également considéré que la responsabilité de l'État pouvait être engagée en cas de résiliation unilatérale d'un contrat de plan ». Cette affirmation repose sur une confusion dans l'analyse de l'arrêt *Ministre de l'écologie et du développement durable* (CE, 7 mars 2008, *Rec.*, tab., p. 628). Dans cette décision, la résiliation unilatérale vise uniquement d'authentiques « contrats particuliers » conclus pour l'exécution d'un contrat de plan.

¹⁹⁸ V not., des articles reproduisant ce passage, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 70 ; F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 16.

¹⁹⁹ V. not., le contrat de plan signé le 25 juill. 2000 entre l'État et la région Languedoc-Roussillon pour la période de 2000-2006 ; l'art. 7 de la convention générale d'exécution, de suivi et d'évaluation attachée au contrat de plan signé le 21 juill. 2000 entre l'État et la région Nord-Pas de Calais pour la période de 2000-2006 ; v. les « dispositions générales » du contrat de plan signé le 19 avr. 2000 entre l'État et la région Aquitaine pour la période de 2000-2006, p. 115.

clause-type suivante : « la résiliation du présent contrat peut être demandée par l'une des parties sous réserve d'un exposé des motifs. Elle sera soumise à délibération en séance plénière de chacune des collectivités signataires et fera l'objet d'une saisine du gouvernement transmise par le Préfet de région à la Délégation Interministérielle à l'Aménagement et à la compétitivité des Territoires »²⁰⁰. Parfois, les contrats de projets ne prévoient même pas l'hypothèse d'une résiliation de l'acte²⁰¹. Cela confirme que leurs auteurs excluent radicalement qu'une partie puisse résilier unilatéralement la convention. Quoi qu'il en soit, ce mutisme rend compte de l'intention des parties de voir les directives convenues appliquées dans leur intégralité.

780. D'autre part, les acteurs publics ne se prononcent guère sur l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale lorsqu'ils concluent une convention d'administration. Hors des prescriptions légales, ils manifestent ainsi leur volonté de ne pas recourir à cette prérogative et même, plus radicalement encore, de l'écarter. En attestent de rares conventions qui se bornent à permettre une résiliation consensuelle. La commune intention des parties semble alors exclure la possibilité que l'on puisse mettre fin à l'acte de façon unilatérale. Dans le même sens, certaines conventions prévoient exceptionnellement des procédures de résiliation pour inexécution²⁰² ou pour faute lourde²⁰³. Là encore, les parties ne visent pas la prérogative consacrée dans la décision *Distillerie de Magnac-Laval*²⁰⁴ puisqu'un motif d'intérêt général ne suffit pas à résilier l'acte. Parfois, les signataires paraissent abandonner implicitement toute possibilité de résiliation. Il en va ainsi, par exemple, d'un contrat de pays²⁰⁵,

²⁰⁰ V. not., les « clauses particulières » du contrat de projets signé entre la région Alsace et l'État pour la période de 2007-2013, p. 61 ; les « règles générales » du contrat de projets signé le 12 avr. 2007 entre la région Bretagne et l'État pour la période 2007-2013, p. 63 ; les « dispositions générales » du contrat de projets signé entre la région Pays de la Loire et l'État pour la période 2007-2013, p. 93 ; le contrat de projets signé le 5 févr. 2007 entre la région Auvergne et l'État pour la période 2007-2013, p. 42.

²⁰¹ V. not., le contrat de projets signé le 23 mars 2007 entre l'État et la région Ile-de-France pour la période 2007-2013 ; le contrat de projets signé le 6 avr. 2007 entre l'État et la région Picardie pour la période 2007-2013.

²⁰² V. par ex., l'art. 7 de la convention d'objectifs et de moyens « Maison pour l'Autonomie et l'Intégration des Malades Alzheimer de la Sarthe » (document consulté sur le site www.sarthe.pref.gouv.fr).

²⁰³ V. par ex., l'art. 11 du contrat territorial signé entre la région du Languedoc-Roussillon, le département des Pyrénées-Orientales et le Pays Pyrénées-Méditerranée dans sa version du 11 mars 2008 (document consulté sur le site www.payspyreneesmediterranee.org).

²⁰⁴ CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, Rec.*, p. 246.

²⁰⁵ Ainsi, il arrive que des conventions d'administration contiennent des clauses de révision mais soient dépourvues de clause portant sur la résiliation de l'acte. V. parmi beaucoup d'autres illustrations, le contrat de pays Risle-Charentonne signé pour la période 2000-2006 (document consulté sur le site www.paysrislecharentonne.com).

d'un contrat de performance en matière fiscale²⁰⁶, d'un contrat de ville²⁰⁷, d'un contrat urbain de cohésion sociale²⁰⁸, d'un contrat de développement territorial²⁰⁹, d'une convention de partenariat entre des autorités étatiques²¹⁰ ou encore d'un contrat local d'éducation artistique²¹¹. Tous ces actes traduisent ainsi le caractère quasi-intangible des conventions d'administration. En raison de leur finalité d'orientation des politiques publiques, elles peuvent certes connaître des modifications mais il importe qu'elles perdurent jusqu'au terme fixé par les auteurs ou, le cas échéant, par le pouvoir ayant suscité cette contractualisation. Quand bien même les orientations resteraient inappliquées, il semble que l'idée qui sous-tend l'ensemble de ces phénomènes conventionnels suppose d'en respecter la période d'application. De fortes raisons justifient cette volonté et le comportement des parties corrobore l'inopportunité d'une résiliation consensuelle et, *a fortiori*, l'exclusion d'un pouvoir de résiliation unilatérale. Par principe, une telle prérogative semble bel et bien incompatible avec le procédé des conventions d'administration. En tout cas, l'attitude des parties ne saurait être interprétée comme manifestant un pouvoir implicite de résiliation unilatérale, dont il serait superflu de mentionner l'existence.

781. Conclusion de section. Les règles dominant l'exécution des conventions d'administration s'avèrent peu nombreuses. Au vu de leurs stipulations, on ne saurait guère soumettre ces actes à des exigences plus rigoureuses que celles liées au devoir de loyauté. Ce dernier déploie visiblement des conséquences à l'endroit des parties en les incitant à honorer leurs engagements et à faire preuve de droiture. Mais il faut bien reconnaître que, du point de vue juridique, ses effets demeurent assez modestes. Malgré tout, il ne serait sans doute pas souhaitable de renforcer

²⁰⁶ V. le contrat de performance signé entre plusieurs entités relevant de l'État le 3 mai 2006 (document consulté sur le site www2.impots.gouv.fr).

²⁰⁷ V. not., le contrat de ville de Saint-Malo pour la période 2000-2006 (document consulté sur le site www.resovilles.com).

²⁰⁸ V. not., le contrat urbain de cohésion sociale de la communauté urbaine de Strasbourg pour la période 2007-2012 (document consulté sur le site www.strasbourg.eu) ; v. aussi, le contrat urbain de cohésion sociale de la communauté d'agglomération d'Angers Loire Métropole signé le 19 mars 2007 pour la période 2007-2009 (document consulté sur le site www.angersloiremetropole.fr).

²⁰⁹ V. le contrat de développement territorial du chalonais pour la période 2007-2013, p. 12 (document consulté sur le site www.legrandchalon.fr).

²¹⁰ V. la convention de partenariat entre la HALDE et le ministère de la défense, signée le 3 mai 2007 (document consulté sur le site www.halde.fr).

²¹¹ V. le contrat local d'éducation artistique du Boulonnais conclu le 12 mars 2007 entre la Communauté d'agglomération du Boulonnais, la région du Nord-Pas de Calais et l'État. Son point VII prévoit des modalités permettant aux parties de modifier de façon consensuelle la convention, rien n'est énoncé en revanche s'agissant de la résiliation de l'acte.

l'encadrement des conventions d'administration, car la souplesse de ces instruments pourrait en pâtir. La quête de sécurité juridique doit ainsi rester secondaire et ne doit pas conduire à bouleverser la logique de ces procédés d'orientation. Au demeurant, les parties ne se trouvent pas démunies. Elles peuvent disposer de pouvoirs unilatéraux. Même s'il faut avouer qu'ils sont restreints, peu effectifs, et que la possibilité pour l'un des signataires de résilier seul la convention semble exclue. Elles ont plutôt la faculté de préciser un certain nombre d'exigences de manière consensuelle. Tout ceci doit suffire à enserrer de façon satisfaisante l'exécution des conventions d'administration.

782. Conclusion de chapitre. Soumettre les conventions d'administration à un corpus de règles est utile pour leur stabilité et nécessaire pour en assurer la validité. Mais la nature de ces procédés appelle un encadrement réduit. La multiplication des contraintes pourrait, en effet, avoir des conséquences néfastes concernant la flexibilité des conventions d'administration. Il faut garder à l'esprit qu'il ne s'agit que d'instruments visant à orienter l'action publique. Aussi, chercher à assimiler leur régime à celui de certains contrats ne serait pas une solution satisfaisante. La distinction conceptuelle, mise en évidence dans la première partie de cette étude, se trouve dès lors corroborée par les normes auxquelles sont soumises les deux catégories conventionnelles. Alors que, d'une façon générale, les contraintes pesant sur les contrats administratifs ont tendance à augmenter, celles touchant aux conventions d'administration paraissent bien restreintes. Qu'il s'agisse de leur conclusion ou de leur exécution, on ne recense guère de spécificité mais plutôt une réduction du nombre de règles à celles vraiment indispensables. Des principes essentiels, comme le devoir de loyauté, visent ainsi les conventions d'administration. Toutefois, cela n'empêche pas la présence d'exigences particulières valant pour un nombre déterminé d'actes. En témoignent notamment diverses règles procédurales qui encadrent la passation de certaines conventions. Cette situation est bien sûr susceptible d'évoluer au cours des prochaines années. Il est, en effet, loisible aux pouvoirs publics de parfaire l'état du droit positif. Mais l'opportunité d'une telle intervention n'est pas évidente pour les raisons que l'on vient d'indiquer. Et si l'on peut encourager une élaboration raisonnable de normes, il faut mettre en garde contre le risque de trop réglementer ou légiférer au sujet des conventions d'administration.

783. Ces observations appellent deux remarques conclusives. D'une part, au-delà de quelques principes généraux, il est vrai que l'encadrement des conventions d'administration peut être marqué par des disparités. Il existe une gradation normative de ce point de vue car tous les procédés ne requièrent pas toujours un régime identique. Il importe de pouvoir faire varier les contraintes juridiques selon les con-

ventions visées. Pour autant, ces adaptations de bon sens n'affectent en rien l'unité de la notion de convention d'administration. Celle-ci désigne, à l'instar de celle de contrat, une catégorie générique qui répond à un critère tenant au contenu directif de leurs stipulations. Cela n'empêche nullement des différences sensibles quant aux règles applicables, de même que les distinctions entre les marchés publics et les délégations de service public ne retirent rien à leur nature contractuelle commune. Aussi la diversité des règles ne doit-elle pas constituer un prétexte pour nier l'unité conceptuelle des conventions d'administration. D'autre part, l'analyse de cet ensemble de normes montre combien les procédés étudiés soulèvent des questions touchant moins à la légalité, au sens stricte, qu'à la stabilité des actes et à la sécurité des engagements. En effet, la nature des conventions d'administration invite à ne pas accorder une importance excessive à leur régularité. C'est du reste pourquoi la doctrine néglige parfois la nature juridique de ces actes. Bien que le principe de légalité régisse ces instruments conventionnels, on doit néanmoins admettre qu'il s'agit d'un aspect presque secondaire en pratique. Les signataires ont surtout le souci de garantir la stabilité de l'acte, compte tenu de sa fonction d'orientation, et d'honorer leurs engagements, ce qui est moins ici une question de pur droit que de loyauté.

Chapitre 2

Les contrôles visant les conventions d'administration

784. L'exécution des conventions d'administration soulève rarement des difficultés d'ordre contentieux. Fort peu nombreuses sont d'ailleurs les décisions juridictionnelles se prononçant sur un litige impliquant de tels actes. Et inhabituelles sont aussi les clauses prévoyant le juge compétent en cas de différends. Si tel est le cas de certains contrats de projets¹, une semblable pratique reste tout de même l'exception. Cette situation recouvre sans doute plusieurs réalités mais il est d'ores et déjà possible d'émettre diverses hypothèses afin de l'expliquer. Dans une perspective générale, on constate que, malgré la nature directive des clauses, les parties remplissent leurs objectifs de manière correcte. Tout les y incite du reste². Puisque la passation d'une convention d'administration répond, par définition, à la volonté des signataires, il est logique que ceux-ci consentent à l'exécution des engagements. De ce point de vue, le contexte juridique est, en théorie du moins, différent de celui créé par une action unilatérale : les destinataires des clauses, qui en sont aussi les auteurs, acceptent *a priori* d'en respecter les termes. De plus, l'acte conventionnel scelle la rencontre d'intérêts différents. La satisfaction des besoins manifestés par l'une des parties dépend de la réponse apportée aux attentes de l'autre partie. Cela incite certainement les signataires à remplir leurs objectifs respectifs. Enfin, plus encore que les contrats, les conventions d'administration sont susceptibles de faire l'objet

¹ V. not., le point 7 des « modalités de mise en œuvre » du contrat de projets conclu entre l'État et la région Franche-Comté, le 9 févr. 2007, pour une période allant de 2007 à 2013 (document consulté sur le site www.franche-comte.pref.gouv.fr) ; le point 7 de la « mise en œuvre » du contrat de projets conclu entre l'État et la région Aquitaine, le 5 mars 2007, pour une période allant de 2007 à 2013 (document consulté sur le site www.aquitaine.fr).

² Pour certains auteurs, la rareté des conflits et l'exécution des engagements conditionnent le succès de ces procédés, v. par ex., G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005, p. 54.

d'aménagements en cours d'exécution. Nul doute qu'une pareille faculté laissée aux parties peut faciliter la réalisation des objectifs prévus par les clauses. Tout concourt ainsi au respect, sous réserve de modifications le cas échéant, des directives conventionnelles. Or un tel constat donne à penser que la formation d'un contentieux n'interviendra que de manière exceptionnelle. Au surplus, et sans même examiner la réalisation des objectifs, on peut concevoir que l'action juridictionnelle ne corresponde guère à l'esprit qui anime ces procédés directifs.

785. Bien qu'elle soit juste, cette première impression ne doit pas induire en erreur s'agissant des contrôles auxquels sont soumises les conventions d'administration. Sans doute ces actes n'appellent-ils guère la saisine du juge, que les requérants soient une partie ou un tiers. Mais admettre cela ne suffit pas à écarter d'autres hypothèses de contrôle en dehors du système juridictionnel étatique. En fait, une telle situation encourage même d'autant plus la recherche d'autres modalités. Celles-ci peuvent notamment être d'ordre administratif ou politique. La faible importance quantitative des recours juridictionnels liés à ces procédés n'interdit nullement, en outre, de s'interroger sur les possibilités offertes aux requérants. D'une part, l'absence de contentieux n'indique rien sur la faculté théorique de former ou non un recours juridictionnel. Seule une analyse tenant à la recevabilité des recours afférents aux conventions d'administration autorise à formuler des conclusions argumentées sur ce point. D'autre part, on ne saurait inférer de la situation actuelle que ces procédés directifs ne feront jamais l'objet de recours juridictionnels. Relever l'insuffisance de contentieux ne suffit pas à vider l'étude des contrôles opérés sur les conventions d'administration de son intérêt. Plusieurs voies s'offrent aux parties et il importe d'examiner, pour chacune d'entre-elles, leur fondement théorique et la pertinence de leur utilisation.

786. À l'appui de cette approche, il faut prendre en considération le fait que l'intervention du juge est souvent, pour des raisons structurelles, en décalage avec les évolutions de l'action publique. Elle reflète de manière partielle et à retardement les modifications liées aux instruments d'administration. Comme le soulignait Roland Drago, il existe ainsi un écart incompressible « dans la mesure où le juge ne découvre que lentement des mécanismes de contrôle qui soient les mieux adaptés à une action administrative nouvelle »³. Plus précisément, il appartient à celui-ci de se

³ R. DRAGO, « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Mélanges W.-J. Ganshof Van der Meersch*, t. 3, Bruylant-LGDJ, 1972, p. 455. V. aussi, M. LONG, préf. de la thèse X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », 1999, t. 206, p. XI : « la jurisprudence et les avis du Conseil d'État n'interviennent souvent qu'après une période, plus ou moins

prononcer sur la possibilité et l'opportunité d'exercer un contrôle et, seulement ensuite, d'en définir éventuellement les modalités. À cet égard, on peut comprendre que le Conseil d'État soit plus préoccupé par la conservation de son domaine de compétence traditionnel, lequel varie au gré des lois, que par la création de nouveaux contentieux. Aussi pourrait-il sembler paradoxal d'envisager l'ouverture de voies de droit portant sur les conventions d'administration. Cependant, plusieurs hypothèses tenant aux conditions d'admission des recours et des moyens méritent d'être examinées. Cette recherche est suggérée par la nature juridique de ces actes non-normatifs. Et, quand bien même on réfuterait ce caractère, il revient toujours au juge d'instaurer une « véritable discipline des actions informelles de l'administration »⁴. C'est-à-dire que « le procédé n'est admis, avec ses privilèges de non formalisme et d'immunité juridictionnelle, qu'à la condition de rester lui-même, sur le registre de l'information, de la conviction, de la recommandation, mais sans comporter jamais de caractère obligatoire »⁵. L'étude du traitement juridictionnel des conventions d'administration se trouve ainsi pleinement justifiée.

787. Au demeurant, l'organisation de contrôles visant les conventions d'administration présente d'importants enjeux. D'un point de vue économique, ces actions produisent des conséquences qui sont similaires à celles des contrats administratifs. Il est indispensable de ne pas négliger cet aspect. Mais surtout, le juge ne saurait ignorer ces phénomènes essentiels de l'action publique moderne. Car cela pourrait inciter les parties à signer des conventions d'administration au seul motif que celles-ci ne donnent lieu à aucun contrôle juridictionnel. On imagine alors l'insécurité qui règnerait au sein de ces relations et la dépréciation de leur utilité pour les acteurs. Pour éviter de tels effets, les spécificités liées à la notion de convention d'administration sont susceptibles de justifier un examen juridictionnel adapté à ces procédés particuliers. D'emblée, il est possible d'exclure de l'étude plusieurs voies de droit parmi l'éventail des recours, devenu aujourd'hui hétérogène⁶, en matière contractuelle. Le caractère informel des conventions d'administration se traduisant par des modalités de passation faiblement encadrées, les procédures d'urgence prévues

longue, de flottements : ceux qui donnent les avis, rendent les arrêts, ne sont saisis de recours par les parties, ou de demandes du gouvernement qu'alors que les dysfonctionnements ont fait surgir les problèmes ».

⁴ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994 (n° 2), p. 653.

⁵ *Ibid.*, pp. 653-654.

⁶ V. not., Ph. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *EDCE*, 2008, p. 384. V. aussi, pour une perception de l'état du droit antérieur, Y. GAUDEMET, « Remarques sur les aspects récents du contentieux des contrats administratifs », in *Mélanges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 113.

pour les contrats de la commande publique ne seront notamment pas analysées dans les développements suivants. En effet, ces voies de droit ne présentent guère d'intérêt lorsqu'aucun mécanisme de mise en concurrence n'est organisé. Or tel est bien le cas s'agissant des conventions d'administration⁷. Seront surtout envisagés les recours traditionnels du contentieux public. Avant de souligner l'insuffisance des procédés alternatifs (Section 2), l'analyse se portera ainsi sur l'inexistence discutable des contrôles juridictionnels (Section 1).

Section 1 : L'inexistence des contrôles juridictionnels

788. Intuitivement, les spécificités attachées aux conventions d'administration n'incitent guère à envisager un contrôle juridictionnel. Compte tenu de la nature conventionnelle de ces actes et, plus encore, du caractère directif de leurs clauses, il semble logique que soient restreintes à peu de chose les possibilités de contentieux. D'ailleurs, la rareté des décisions juridictionnelles portant sur de tels procédés est tout à fait révélatrice de cette situation. Il est très exceptionnel que des conventions d'administration fassent l'objet d'un recours ou que l'on s'en prévale pour contester la validité d'un acte.

Reconnaissons d'emblée que ces constats n'ont rien de surprenant. Ils témoignent des règles de recevabilité dégagées par le juge administratif⁸. Celles-ci sont dissuasives pour tous les requérants potentiels, qu'il s'agisse de tiers ou même des parties. Mais ces constats traduisent aussi la démarche partenariale des signataires qui ne correspond pas, *a priori*, à l'approche contentieuse. De prime abord, l'orientation conventionnelle de l'action publique ne saurait conduire les parties à former des recours devant le juge administratif. Sans doute est-ce la raison pour laquelle très peu de clauses renvoient à l'hypothèse d'un contentieux. Ces observations décrivent assez fidèlement l'état actuel du droit positif. Elles méritent toutefois un examen plus précis. En fait, s'il est possible de confirmer la plupart des propositions avancées,

⁷ V. *supra*, n° 725 et s.

⁸ V. not., de façon plus générale, J.-Cl. DOUENCE, « Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation. Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel », in *Mélanges J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 71 ; W. KLOEPFER, « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 585 et s. ; J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, pp. 16-26 ; R. SCHWARTZ, « Qu'en pense le président Genevois ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 965 ; J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE Sect., 30 oct. 1998, *Commune de Lisieux*, *RFDA*, 1999, p. 128 et s. ; D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDCA*, 2000, n° 88 et s. ; Ph. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *EDCE*, 2008, p. 384 et s. ; P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats », *RFDA*, 2006, p. 24.

d'autres sont plus discutables. De solides motifs suggèrent en particulier de réévaluer le sort des moyens fondés sur des conventions d'administration (Sous-section 2). Au contraire, il y a tout lieu de penser que les recours à l'encontre de ces mêmes actes doivent, en principe, être frappés d'irrecevabilité (Sous-section 1).

Sous-section 1 : L'irrecevabilité justifiée des recours

789. Durant de nombreuses années, l'accès au prétoire est apparu singulièrement entravé au sujet des actes conventionnels⁹. Il était de jurisprudence constante que seules les parties pouvaient saisir le juge du contrat. Les tiers en étaient réduits à former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des seuls actes détachables¹⁰. La doctrine a critiqué certaines solutions jurisprudentielles et souvent plaidé pour une ouverture plus large du contentieux conventionnel. On doit notamment à M. Terneyre d'avoir mis en exergue un certain nombre de « paradoxes »¹¹ tenant à l'annulation des contrats administratifs. Ces sollicitations, auxquelles il faut ajouter l'influence de la législation communautaire, ont porté leurs fruits puisque les modalités de saisine du juge ont connu depuis lors des évolutions remarquables. Tant et si bien que la somme des voies de recours laisse aujourd'hui une impression de complexité. Cet ensemble ménage diverses possibilités selon la nature des requérants, des actes et du moment de l'action.

La situation des conventions d'administration est, en revanche, bien plus claire. Le juge prononce systématiquement, en effet, l'irrecevabilité des recours dirigés contre ces procédés. Sauf lorsqu'il estime, à tort peut-être, que l'acte attaqué est de nature contractuelle, il n'examine jamais le bien-fondé des demandes qui lui sont présentées. Ces solutions ne sont guère contestables en elles-mêmes (§1). Toutefois,

⁹ Et ce, après une période au XIX^e siècle durant laquelle le recours aurait été plus largement ouvert, v. D. POUYAUD, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », note sous l'arrêt CE Ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux signalisation, RFDA*, 2007, p. 924.

¹⁰ Longtemps platonique, l'annulation des actes détachables a ensuite engendré des effets notables. À tel point d'ailleurs, que pendant une période, on pouvait affirmer avec M. Delvolvé que « le meilleur contentieux des contrats, ce n'est pas le contentieux contractuel, c'est celui de l'excès de pouvoir ; le meilleur défenseur du co-contractant contre l'administration, ce n'est pas lui-même mais un tiers au contrat ! » (P. DELVOLVÉ, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 96).

¹¹ Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 69 ; Ph. TERNEYRE et J. GOURDOU, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, p. 249 ; v. aussi, pour un bilan de l'évolution jurisprudentielle, qui ne tient cependant pas compte de l'arrêt *Commune de Béziers*, Ph. TERNEYRE, « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *EDCE*, 2008, p. 383.

il s'ensuit une absence totale de contrôle juridictionnel s'agissant des conventions d'administration. Or cette situation est préjudiciable pour s'assurer de leur validité. D'autant que cela a des répercussions logiques sur la possibilité de former un recours visant les actes détachables de ces conventions (§2).

§1. L'irrecevabilité des recours dirigés contre des conventions d'administration

790. Plusieurs motifs invitent le juge à ne pas examiner les demandes afférentes aux conventions d'administration. Lorsqu'il est saisi, il se borne à prononcer l'irrecevabilité des recours portant sur ces procédés. Une telle solution ne pose pas de réelle difficulté lorsque les justiciables sont de simples tiers, ou même les parties (a). En revanche, elle appelle plus de réserves quant aux déférés préfectoraux. Rien ne semble interdire de s'interroger sur l'opportunité de permettre aux autorités déconcentrées de l'État dans les départements de former un recours à l'encontre des conventions d'administration (b).

a) Une solution cohérente pour les recours ordinaires

791. Tout semble concourir à l'irrecevabilité des demandes relatives aux conventions d'administration. De prime abord, on pourrait postuler qu'un sort différent devrait être réservé aux recours des parties. Les spécificités des conventions d'administration ne justifient toutefois pas qu'une distinction soit opérée selon la nature du requérant. Cela ne signifie pas, pour autant, que les raisons expliquant l'irrecevabilité des recours soient toujours identiques. Sans doute l'absence d'impérativité des clauses joue-t-elle un rôle prépondérant dans chacune des hypothèses. Mais la qualité de tiers constitue un argument supplémentaire pour appuyer le rejet des demandes visant une convention d'administration. Dans cette mesure, il est possible d'analyser successivement ces deux motifs, sachant que seul le premier intervient concernant les demandes des parties.

792. À lui seul, le caractère directif des stipulations justifie que le juge prononce l'irrecevabilité de tout recours visant les conventions d'administration. Pour l'heure, cette solution n'est pas explicitement consacrée par le Conseil d'État. La Haute juridiction motive son rejet d'une manière quelque peu différente en fonction de la nature du requérant. Dans la plupart des hypothèses, elle estime que la qualité de tiers rend irrecevable le recours à l'encontre d'une convention¹². Tel n'est pas le

¹² V. not., CE, 5 avr. 1940, *Gay, Vistel et autres, Rec.*, p. 136 ; CE, 30 juin 1944, *Pazery, Rec.*, p. 185 ; CE, 11 janv. 1961, *Sieur Barbaro, Rec.*, p. 28 ; v. au sujet d'un contrat de service public, CE, 7 mars 2005, *CCE de la Banque*

cas lorsque le demandeur est l'une des parties. Cette situation est certes rarissime à propos des conventions d'administration mais n'est pas inenvisageable. En s'inspirant de décisions rendues en matière de responsabilité, on peut penser que le Conseil d'État conclurait alors à l'irrecevabilité des recours dans la mesure où ceux-ci sont dirigés contre de simples déclarations communes d'intention sans portée juridique¹³. Ou, moins radicalement, que l'acte attaqué ne déploie aucune conséquence directe quant à la production normative¹⁴.

Si l'absence d'impérativité des clauses n'est ainsi pas mise en évidence par le juge, elle semble pourtant sous-tendre son raisonnement. Il s'agit bien pour l'autorité juridictionnelle d'écarter le recours formé devant lui au motif que la convention ne comporte que de simples clauses directives. Ne disposant pas d'outils conceptuels en réelle adéquation avec la pratique, le juge se contente souvent de faire le départ entre les contrats et les procédés non-juridiques. Mais, si elle ignore la catégorie des conventions d'administration, cette démarche suggère toutefois la distinction normative proposée lors des développements précédents¹⁵. Au demeurant, ce raisonnement n'est pas inconnu du juge. Le Conseil d'État suit déjà une logique similaire au sujet de procédés plurilatéraux constituant de simples « déclaration[s] d'intention dépourvue[s] de valeur juridique et de force contraignante »¹⁶. La solution retenue par le juge est plus radicale en l'espèce que celle qu'appellent les conventions d'administration. En effet, il suffit pour ces dernières de reconnaître la nature directive de leurs stipulations. Il n'est pas besoin de s'interroger sur leur valeur juridique. L'irrecevabilité du recours peut tout à fait être prononcée au seul motif que les stipulations de l'acte attaqué sont dépourvues de caractère impératif.

793. Le cas échéant, la qualité de tiers peut apporter un élément supplémentaire au rejet d'une demande à l'encontre d'une convention d'administration. Il est de jurisprudence constante que les recours, visant un contrat administratif, formé

de France, Rec., tab., p. 546 ; v. au sujet d'une convention d'objectif et de gestion, CE, 18 févr. 2009, *Association comité CSG, Rec.*, tab., p. 824.

¹³ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534.

¹⁴ V. pour une comparaison avec le traitement des actes détachables, CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie, Rec.*, p. 415. V. à cet égard, J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie, RFDA*, 1997, p. 340 : « vous n'acceptez, en réalité, d'ouvrir la porte du recours pour excès de pouvoir que pour autant que l'acte attaqué produise par lui-même des effets juridiques et fasse effectivement grief à la personne qui le conteste »¹⁴. Il poursuit, de façon assez étrange parce qu'il s'agit d'un acte conventionnel, « s'agissant des contrats de plan, nous ne croyons pas qu'ils produisent par eux-mêmes d'effets juridiques suffisants pour justifier un recours pour excès de pouvoir ».

¹⁵ V. *supra*, n° 143 et s.

¹⁶ CE, 27 oct. 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation, Rec.*, tab., p. 766.

par ces requérants ne sont pas recevables¹⁷. Malgré les évolutions marquant aujourd'hui le contentieux contractuel, cette solution n'a encore jamais fait l'objet d'un revirement. Tout au plus est-il possible de constater que certaines catégories de tiers disposent désormais de voies de recours spécifiques¹⁸. Mais cela corrobore précisément l'idée selon laquelle les demandes en excès de pouvoir des tiers visant des contrats sont en principe irrecevables. Cette jurisprudence rend compte de l'effet relatif qui caractérise ces actes. La décision *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public* traduit parfaitement cette idée puisqu'elle énonce que le requérant « qui n'est pas partie à la convention passée le 13 mars 1975 entre l'État et l'Union nationale des maisons familiales rurales d'éducation et d'orientation, est sans qualité pour demander au juge du contrat l'annulation de cette convention »¹⁹. L'effet relatif permet ainsi, dans l'hypothèse d'un contentieux, de restreindre les requérants potentiels pour assurer la stabilité de l'opération.

Or les conventions d'administration sont également revêtues de cet effet. Il n'y a donc pas, *a priori*, lieu de priver ces instruments des mêmes garanties. On peut raisonnablement penser que la qualité de tiers exclut la possibilité que le juge se prononce sur le bien-fondé d'une telle demande juridictionnelle. En ce cas, le requérant ne présente selon toute vraisemblance aucune qualité pour agir. Ce motif peut certes sembler secondaire par rapport à celui touchant à l'acte. Néanmoins, des raisons d'opportunité peuvent fort bien conduire le juge à le privilégier pour éviter de se prononcer sur la nature précise de l'acte attaqué. En témoigne l'arrêt *Association des Amis de la terre* puisque le Conseil d'État se borne à énoncer : « l'association était irrecevable [...] à demander l'annulation desdites conventions, auxquelles elle n'était pas partie »²⁰. Fonder le rejet sur cette cause permet au juge administratif d'aboutir au ré-

¹⁷ V. not., parmi une littérature abondante sur cette jurisprudence et les éventuelles critiques qu'elle a connues, V. G. JÈZE, « Le régime juridique du contrat administratif », *RDP*, 1945, p. 251 ; P.-F. GONIDEC, « Contrat et recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1950, p. 58 ; HAÏM, note sous l'arrêt CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, *JCP G*, 1993, II, 22014 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991, not., pp. 333-335 ; R. SCHWARTZ, « Qu'en pense le président Genevois ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 965.

¹⁸ V. part., J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, p. 24 : « le principe demeure [...] celui de l'irrecevabilité du recours direct du tiers contre le contrat administratif. Il n'est évidemment pas exclu que le Conseil d'État reconnaisse à d'autres tiers qualité pour agir directement devant le juge du contrat. Mais en l'état, les tiers autres que le préfet ou le concurrent évincé doivent se contenter du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat ». V. auparavant, Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, pp. 70-73.

¹⁹ CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.*, p. 22.

²⁰ CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, *Rec.*, p. 73 (nous soulignons).

sultat escompté sans avoir à qualifier précisément la nature de l'acte visé. Dans cette mesure, le motif relatif à la qualité du requérant apparaît souvent d'un maniement plus aisé.

794. Ceci n'enlève rien à l'utilité du caractère directif des stipulations pour déclarer l'irrecevabilité d'un recours visant une convention d'administration. À la différence du contrat, qui peut faire l'objet d'une demande des parties devant le juge, il ne saurait exister un juge de la validité de la convention d'administration puisqu'il s'agit là d'un acte non-normatif. Il serait dès lors incohérent, du point de vue de la jurisprudence administrative, de permettre la recevabilité des recours contestant leur régularité juridique. Le juge s'y est toujours refusé, à juste titre, s'agissant des actes unilatéraux non-décisoires²¹, et ce malgré les sollicitations de la doctrine²². Une solution similaire mérite d'être retenue à propos des conventions d'administration. Cette conclusion semble justifiée par de solides motifs et, en l'état du droit positif, proposer d'y apporter des modifications serait illogique.

795. En revanche, il est possible de souligner que l'irrecevabilité des recours dirigés contre des conventions d'administration admet des tempéraments tenant à la présence de véritables stipulations contractuelles, voire de clauses réglementaires²³. Dans cette dernière hypothèse, le juge administratif examinerait sans doute le bien-fondé d'une prétention, sous réserve bien entendu que les autres conditions touchant à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir soient remplies. Seules lesdites stipulations pourraient en tout cas faire l'objet d'un examen. En témoigne un recours dirigé contre un contrat de régulation économique dont la validité des clauses a pu être vérifiée compte tenu de leur nature réglementaire²⁴.

Néanmoins, cette réserve risque fort de ne pas connaître d'application. Compte tenu de la nature en principe directive des clauses des conventions d'administration, il est peu vraisemblable que des énoncés impératifs et généraux

²¹ V. not., P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983, pp. 101-103 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 3^{ème} éd., 2010, t. 2, pp. 128-136 ; v. surtout, B. SEILLER, « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010, n° 399 et s.

²² J. BOULOUIS, « Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les directives », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 203 : « L'efficacité du contrôle juridictionnel serait assurément accrue si, au lieu d'appliquer la jurisprudence Genestal [...] au niveau de la décision individuelle où l'erreur ne sera jamais aussi manifeste qu'on le croit et qui ne peut en tout état de cause que donner une image partielle et contingente d'une action administrative dont il sera dès lors bien difficile d'évaluer la cohérence, partant le caractère non arbitraire, le juge pouvait l'appliquer au niveau des directives où l'opération prend sa véritable orientation, concrétise le but dans le choix des moyens et opère parmi les intéressés la sélection la plus significative ».

²³ V. not., CE Ass., 10 juill. 1996, *Cayzele, Rec.*, p. 274.

²⁴ CE, 25 avr. 2007, *Fédération nationale de l'aviation civile marchande (FNAM), Rec.*, p. 180.

puissent s'y trouver²⁵. *A fortiori*, la possibilité d'une assimilation de l'acte dans son ensemble à un règlement est hautement improbable. Si cette hypothèse pourrait permettre la recevabilité d'un recours²⁶, elle ne mérite pas vraiment de retenir l'attention. En effet, en signant une convention d'administration, les parties cherchent à orienter leurs actions respectives et n'ont guère d'intérêt à recourir aux moyens de commandement classiques. Elles choisissent d'utiliser des instruments qui se situent en dehors des méthodes d'administration traditionnelles. De ce point de vue, le traitement juridictionnel que connaissent ces actes rend parfaitement compte de ce choix. Mais il demeure encore perfectible sur certains aspects.

b) Une solution contestable pour les déférés préfectoraux

796. Le maintien de la cohérence jurisprudentielle suggère d'admettre la recevabilité des déférés préfectoraux à l'encontre des conventions d'administration. Malgré leur nature, il semble bien qu'une solution identique à celle préconisée pour les recours des parties et des tiers correspondrait mal avec l'état du droit. Afin de donner son plein effet à ce recours pour excès de pouvoir singulier, le juge administratif a jusqu'alors retenu une appréciation large des actes pouvant être déférés. Or la combinaison de plusieurs solutions jurisprudentielles incite à élargir aux conventions d'administration la recevabilité des demandes formées par le préfet auprès de la juridiction administrative. Il s'agit, plus précisément, de considérer deux hypothèses distinctes pour soutenir la possibilité d'examiner le bien-fondé d'un déferé préfectoral dirigé contre une convention d'administration. Si, de prime abord, une telle solution ne va pas soi, elle peut se justifier au regard de l'ouverture de ce recours à l'égard des contrats et des actes préparatoires. Au demeurant, elle concorderait avec le souci de préserver l'utilité du contrôle exercé par le préfet et les intérêts qu'il défend²⁷.

²⁵ V. s'agissant d'une convention d'objectifs et de gestion, CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, Rec., tab., (à paraître).

²⁶ V. s'agissant des conventions de sécurité sociale, CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, Rec., tab., p. 735 ; v. s'agissant des contrats de recrutement des agents non titulaires d'une collectivité territoriale, CE Sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, Rec., p. 375. V. aussi, s'agissant d'un « cahier des charges particulières » relatif à une occupation temporaire du domaine public, CE Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie*, Rec., p. 268 ; v. s'agissant d'une convention conclue par le CSA pour l'utilisation des fréquences, CE Ass., 8 avr. 1998, *Société SERC Fun Radio*, Rec., p. 138.

²⁷ V. not., Ph. TERNEYRE et J. GOURDOU, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, pp. 253-254 ; v. aussi, D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDCA*, 2000, n° 202 et s.

797. D'une part, un déféré peut viser tout contrat passé par les collectivités territoriales ou les établissements publics qui leur sont rattachés²⁸. Cette faculté ne pose guère de difficulté, et ce depuis la création de cette nouvelle voie de droit, s'agissant des actes soumis à transmission. En effet, le législateur a expressément prévu que cette obligation s'appliquait à un certain nombre de contrats. L'article L. 2131-2 4° du Code général des collectivités territoriales dispose ainsi que doivent être transmises au préfet « les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat »²⁹. Puis, l'article L. 2131-6 du même texte précise que l'autorité déconcentrée défère parmi ces actes ceux qui lui paraissent contraires à la légalité³⁰. Il s'ensuit que la possibilité de former un recours à l'encontre de ces conventions ne soulève aucune difficulté particulière. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* confirment ce sentiment dans des développements consacrés aux déférés administratifs spontanés³¹.

La loi laissait, en revanche, planer une incertitude concernant les conventions ne devant pas obligatoirement faire l'objet d'une transmission. Elles pouvaient certes être déférées lorsqu'un tiers sollicitait en ce sens le préfet³². Mais, ne lui étant pas transférées, ces conventions paraissaient écartées de la procédure de saisine directe. Voilà pourquoi des auteurs pouvaient légitimement estimer que seuls les contrats énumérés par le législateur étaient susceptibles d'être visés par un déféré préfectoral spontané³³. Toutefois, le juge administratif a ouvert peu à peu cette voie de

²⁸ Le législateur prévoit notamment que les dispositions applicables aux collectivités communales le sont également à leurs établissements publics, v. l'art. L. 2131-16 de ce code. V. aussi, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 1069 ; v. pour un rappel jurisprudentiel, CE Ass., 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarioux*, *Rec.*, p. 130.

²⁹ Cette disposition se retrouve par ailleurs s'agissant des collectivités départementales et régionales, v. les art. L. 3131-2 4° et L. 4141-2 3° du Code général des collectivités territoriales. À cela, il faut ajouter les conventions de coopération décentralisée, v. l'art. L. 1115-1 du Code général des collectivités territoriales.

³⁰ Art. L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales : « le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission ».

³¹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 1070-1071.

³² V. *ibid.*, p. 1071 ; Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 79 et s.

³³ V. not., *ibid.*, pp. 1070-1073 ; v. sur cette question, H. LEGAL, concl. sur l'arrêt CE Sect., 28 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie*, *RFDA*, 1991, p. 971 ; F. LLORENS, note sous l'arrêt CE Sect., 13 janv. 1988, *Municipalité générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, *RDP*, 1988, pp. 854-860.

droit à d'autres contrats qui n'étaient pas énumérés par la loi. Ne suivant pas strictement la logique textuelle, il semble avoir privilégié l'effet utile du recours à la disposition du préfet. C'est ainsi qu'il a considéré qu'une convention portant sur l'organisation et le fonctionnement d'un service social pouvait faire l'objet d'un déferé spontané alors même qu'elle n'était soumise à aucune obligation de transmission³⁴. Ce principe a ensuite été consacré explicitement au sujet d'un contrat de recrutement d'agent public³⁵. Désormais, il n'est plus douteux que l'énumération législative ne correspond pas aux actes pouvant être déférés spontanément mais uniquement à ceux devant obligatoirement être transmis au préfet. En témoigne une jurisprudence éparsse rappelant, lorsque l'occasion se présente, la perception extensive retenue par le juge. Cette première originalité du contrôle de légalité préfectoral présente un intérêt tout particulier pour l'examen des conventions d'administration. Il faut y adjoindre une seconde spécificité qui concerne moins les actes conventionnels que les actes unilatéraux non décisifs.

798. D'autre part, le champ d'application matériel du déferé ne se limite pas aux actes comportant des énoncés impératifs. En raison du but assigné au contrôle exercé par le préfet, le juge a été conduit à admettre la recevabilité de recours visant des actes non décisifs. Ainsi, l'arrêt *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarioux* énonce « qu'il ne peut être fait exception à la règle selon laquelle un acte préparatoire ne saurait donner lieu à un recours pour excès de pouvoir que dans les cas où il en est ainsi disposé par la loi ; que tel est le cas lorsque, sur le fondement de la loi susvisée du 2 mars 1982, le représentant de l'Etat dans le département défère au juge administratif les actes des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics qu'il estime contraires à la légalité »³⁶. En fermant l'accès au prétoire pour les requérants ordinaires, le Conseil d'État a parallèlement souligné une nouvelle spécificité attachée au déferé. Cette réserve, déduite de la loi, traduit fidèlement l'ambition qui sous-tend la prérogative attribuée au préfet : la préservation de la légalité des actions locales dans leur ensemble.

Aussi le juge se montre-t-il soucieux de limiter à une faible quantité les actes exclus du contrôle préfectoral. Cela ressort de quelques jurisprudences. Par exemple, si un recours pour excès de pouvoir est toujours irrecevable à l'encontre de vœux

³⁴ CE, 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe, Rec.*, tab., p. 801.

³⁵ CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes, Rec.*, p. 79. V. égal. pour une application de cette jurisprudence, CE, 27 oct. 2010, *M. A., Rec.*, (à paraître).

³⁶ CE Ass., 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarioux, Rec.*, p. 130.

émis par un conseil municipal, tel n'est pas le cas d'un déféré. La Cour administrative d'appel de Nancy a relevé en ce sens qu'une délibération communale comportant de simples opinions sur le service minimum d'accueil des enfants scolarisés pouvait faire l'objet d'un déféré³⁷. Auparavant, le Conseil d'État avait lui-même admis la recevabilité d'un tel recours à l'encontre d'un acte se bornant à exprimer l'opposition d'un conseil général aux essais et cultures en plein champ de plantes génétiquement modifiées³⁸. Ces deux décisions sont assez significatives. Certains actes non décisifs sont susceptibles de faire l'objet d'un déféré, étant entendu que le préfet ne peut alors fonder son recours que sur des moyens tenant aux vices propres de l'acte. Il ne saurait du reste en être autrement. Le contenu des actes non décisifs ne permet pas, en effet, de se prévaloir sérieusement de moyens touchant à la légalité interne. Il s'agit d'une limite logique qui, bien évidemment, ne remet pas en cause l'ouverture du déféré préfectoral à l'encontre des actes préparatoires.

799. Dès lors, aucun motif ne paraît justifier que le juge oppose l'irrecevabilité aux déferés visant une convention d'administration. Ni l'effet relatif attaché aux actes conventionnels ni le caractère directif des stipulations ne sauraient expliquer une telle solution. Sans doute le Conseil d'État pourrait-il juger inopportun d'élargir une nouvelle fois le champ d'application matériel du déféré préfectoral. Mais, au regard de sa jurisprudence, rien ne semble l'obliger à déclarer irrecevables les recours formés par le préfet. La mise en exergue des évolutions antérieures incite même à penser que la cohérence des choix effectués par le juge serait remise en question s'il n'acceptait pas d'examiner le bien-fondé de telles demandes.

La loi ne mentionne certes pas explicitement cette solution. Il est cependant possible de retenir en ce domaine une interprétation large des textes. D'autant que le fait d'admettre la recevabilité des déferés portant sur des conventions d'administration aurait de modestes conséquences. D'abord, les recours préfectoraux à l'encontre des actes conventionnels sont assez rares. Le plus souvent, ce sont les actes détachables qui sont déferés devant le juge³⁹. On peut donc gager que cette faculté serait peu utilisée directement contre des conventions d'administration. Ensuite et surtout, il est fort probable que l'examen de ces actes n'aboutirait, de toute

³⁷ CAA Nancy, 20 mai 2010, *Préfet du Doubs*, req. n° 09NC00681, *AJDA*, 2010, p. 1667.

³⁸ CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers*, *Rec.*, p. 638 ; v. aussi, CE Sect., 29 déc. 1997, *SARL Enlem*, *Rec.*, p. 500 ; CAA Bordeaux, 29 avr. 2003, *Service départemental d'incendie et de secours*, req. n° 99BX02639 ; CAA Versailles, 23 oct. 2008, *Commune de Clichy-la-Garenne*, req. n° 08VE01555 ; CAA Versailles, 29 janv. 2009, *Préfet de l'Essonne*, req. n° 07VE00881.

³⁹ V. par ex., CE Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *Rec.*, p. 477.

façon, que très exceptionnellement à leur annulation. Consacrer la recevabilité des déferés à l'encontre de telles conventions apparaît donc comme une solution logique et, par ailleurs, admissible en raison de sa portée limitée. Seulement, il s'agit bien d'une exception à la règle selon laquelle tout recours dirigé contre une convention d'administration est irrecevable. Une autre irrecevabilité, touchant les actes détachables de ces procédés conventionnels, résulte de cette dernière.

§2. L'irrecevabilité des recours dirigés contre des actes détachables

800. De prime abord, la théorie des actes détachables semble prometteuse en raison de l'irrecevabilité qui affecte les demandes relatives aux conventions d'administration⁴⁰. Cette impression est néanmoins trompeuse. Un traitement identique est en effet réservé aux actes se rapportant à ces conventions⁴¹. Il existe même une relation étroite entre l'irrecevabilité des recours dirigés contre les conventions d'administration et celle qui frappe les demandes visant leurs actes détachables. Dans chacune de ces hypothèses, le juge perçoit dans l'absence d'impérativité des clauses conventionnelles un motif justifiant qu'il ne se prononce pas sur le bien-fondé des prétentions soumises.

Cela vaut, par exemple, lorsque la demande porte sur une décision de signer une convention d'administration. Le recours est alors déclaré irrecevable *par ricochet* : c'est l'examen de l'acte conventionnel qui conditionne la recevabilité du recours à l'encontre de l'acte détachable. La décision *Fédération syndicaliste Force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications* donne une illustration pertinente de ce mécanisme. En l'espèce, un recours contestant la légalité d'une décision de signer un contrat de plan a été déclaré recevable, sous réserve de l'intérêt à agir du requérant, en raison de la nature contractuelle des stipulations⁴². Une telle motivation sous-entend

⁴⁰ V. not., sur les fonctions de cette théorie, D. CHABANOL, « Les effets sur le contrat de l'annulation de l'acte détachable », *Contrats publics*, 2003 (n° 27), p. 32 et s. ; G. DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 503 ; L. JANICOT, « Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel », *RDP*, 2011, p. 347 ; L. MARCUS et A. PERRIN, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *DA*, 2006, étude 1 ; B. PACTEAU, « Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ? », *CJEG*, 1991, p. 115 ; D. POUYAUD, « Recours pour excès de pouvoir des tiers et contrats publics », *BJCP*, 1999, p. 238 ; P. WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats », *RFDA*, 2006, p. 24. V. aussi, sur l'utilisation de cette théorie par le juge, CE, 17 déc. 2008, *Association pour la protection de l'environnement du Lunellois*, *Rec.*, p. 464.

⁴¹ Solution qui paraît satisfaisante ne serait-ce qu'en raison des multiples inconvénients liés à la théorie de l'acte détachable, v. Ph. TERNEYRE et J. GOURDOU, « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, pp. 254-257.

⁴² CE Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et des Télécommunications*, *Rec.*, p. 354. V. égal., au sujet d'un contrat de solidarité, CE, 20 janv. 1989, *Ville de Millau*, req. n° 70686.

à l'évidence qu'une solution inverse aurait été retenue en l'absence de contrat. En témoigne un arrêt rendu à propos d'un contrat de ville. Pour le juge administratif, cet acte « n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou des opérations qu'il prévoit ; [...] *par suite*, la délibération autorisant le président du syndicat intercommunal à signer ledit contrat et l'acte de signature de celui-ci ne sauraient être regardés comme des actes faisant grief à la commune d'Haumont, et qu'elle serait dès lors recevable à attaquer »⁴³. Cette analyse vaut de même s'agissant de la délibération d'une assemblée territoriale adoptant un contrat de plan. Pour la Cour administrative de Lyon, dans la mesure où ladite convention « *contient des engagements, notamment financiers auxquels la loi confère une portée contractuelle, et comporte ainsi des effets juridiques ; [...] par suite, les tiers, s'ils justifient être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine, sont recevables à poursuivre l'annulation des actes qui en sont détachables, au nombre desquels figure la délibération l'adoptant* »⁴⁴. Bien que la qualification retenue soit discutable, cet arrêt illustre parfaitement l'interdépendance entre la nature des clauses et la recevabilité des recours relatifs aux actes détachables. Il faut enfin souligner que ce raisonnement s'applique tant aux actes antérieurs que postérieurs aux contrats. Quoique cela recouvre un faible intérêt s'agissant des conventions d'administration, on doit ainsi noter qu'un arrêté approuvant des stipulations se trouve soumis aux mêmes contraintes⁴⁵.

801. Toutes ces illustrations révèlent le raisonnement binaire suivi par le juge. En principe, la demande d'un tiers à l'égard d'un acte détachable est recevable⁴⁶. Mais, outre l'exigence d'un intérêt lésé, cela dépend toujours de la nature de la convention conclue⁴⁷. Notons, au surplus, que tout ceci est indépendant du fait que l'acte attaqué soit une simple mesure préparatoire. Il est vrai que cet élément pourrait constituer un autre motif d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir⁴⁸.

⁴³ CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Haumont*, req. n° 97DA01074 (nous soulignons).

⁴⁴ CAA Lyon, 12 juill. 2001, *Nardone*, RFD, 2002, p. 735, concl. F. Bourrachot (nous soulignons).

⁴⁵ V. not., CE, 30 nov. 2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, Rec., p. 531 ; et sur les contrats « Natura 2000 », CE, 19 juin 2006, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de la Vendée*, Rec., tab., p. 958.

⁴⁶ V. not., malgré les discussions tout à fait intéressantes sur l'origine de ce principe, CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec., p. 749.

⁴⁷ En revanche, le genre administratif ou privé est, lui, indifférent, v. par ex., CE, 8 nov. 2000, *Commune de Baie-Mahault et société Rhoddlams*, Rec., tab., p. 900.

⁴⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 1040. V. par ex., CE, 10 mai 1996, *Conseil régional de l'Ordre des architectes PACA*, Rec., tab., p. 665.

Mais il s'agit bien ici de déduire de la qualification juridique de la convention passée entre plusieurs parties la recevabilité d'un recours portant sur un acte détachable.

Le caractère directif des clauses d'une convention d'administration exclut en particulier que le bien-fondé d'un recours à l'encontre d'un acte tenant à la formation de celle-ci soit examiné. La stabilité de la relation prévaut en l'espèce sur la sanction d'éventuelles irrégularités. Cela s'explique essentiellement par les faibles conséquences juridiques engendrées par ces actes⁴⁹. Ce qui d'ailleurs rend douteuse l'hypothèse selon laquelle une convention d'administration pourrait directement porter préjudice à un tiers. Aussi, en postulant la recevabilité des recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable, on peut gager que le juge écarterait, de toute façon, la demande en l'absence d'intérêt à agir du requérant. L'irrecevabilité des recours visant les actes détachables semble dès lors tout à fait justifiée.

On mesure en outre toute l'importance de la qualification adoptée pour l'acte conventionnel. En présence d'un contrat, la condition de recevabilité tenant à l'acte détachable, qu'il s'agisse d'une décision de signer ou d'une délibération autorisant la signature, sera remplie. S'il s'avère que l'acte n'est qu'une simple convention d'administration, le recours devra en toute hypothèse être déclaré irrecevable, sauf dans le cas d'un déferé préfectoral. De ce point de vue, la situation de ces procédés juridiques n'est pas tellement différente de celle des pures déclarations d'intention. Ajoutons cependant qu'il arrive au Conseil d'État d'ignorer sciemment une fin de non-recevoir afin de rejeter le litige au fond. En atteste un arrêt du 28 mai 2010 dans lequel le juge se prononce sur un recours dirigé contre une décision de signer une convention d'objectifs et de moyens entre l'État et la Caisse nationale des allocations familiales⁵⁰.

802. Ce raisonnement appelle des remarques de plusieurs ordres. Premièrement, il n'y a pas lieu d'opérer de distinction selon que les requérants sont les parties ou des tiers⁵¹. Puisqu'il n'existe pas de juge de la convention d'administration, les au-

⁴⁹ V. not., J.-F. JOYE, « Vers un renforcement de la valeur juridique des contrats de plan entre l'État et les régions ? Libre propos sur une jurisprudence récente », *CMP*, 2002, chron. 4, p. 5 : « les contrats de plan n'ont pas été considérés, jusqu'à présent, comme produisant d'importants effets juridiques du fait d'un caractère peu normatif. La décision de les signer, à la lumière de cette jurisprudence restrictive, est loin de pouvoir faire automatiquement l'objet d'un recours ».

⁵⁰ CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, *Rec.*, tab., (à paraître).

⁵¹ Comme cela avait, un temps, été proposé pour les contrats administratifs, v. sur cet aspect, J. ROMIEU, concl. sur l'arrêt CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec.*, p. 752. V. sur l'abandon de la théorie du « recours parallèle », A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 1045-1046 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., pp. 172-174.

teurs de l'acte n'ont évidemment pas la possibilité de faire valoir leurs prétentions devant celui-ci. Par conséquent, on ne saurait leur opposer une hypothétique fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle. Leur situation paraît ainsi similaire à celle des tiers. Dans la mesure où l'irrecevabilité touchant à la contestation de la validité d'un acte détachable tient à la nature directive des clauses conventionnelles, peu importe la qualité du requérant. La solution sera toujours identique.

Secondement, il arrive que le raisonnement décrit ne soit pas suivi par le juge. Il lui est parfois plus simple de rejeter le recours en se fondant sur une autre cause d'irrecevabilité comme le défaut d'intérêt à agir. Une pareille approche le dispense, en effet, de centrer le raisonnement sur la nature de l'acte conventionnel. Il en va ainsi pour les actes périphériques aux contrats de plan. Dans l'arrêt *Association Estuaire-Écologie*, le Conseil d'État affirme par exemple que « ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit ; [...qu'il] ne porte aux intérêts collectifs que l'association requérante a pour objet de défendre d'atteinte de nature à conférer à cette association un intérêt lui donnant qualité pour agir contre les décisions de le conclure »⁵². Sans doute une décision différente, fondée sur le caractère directif des stipulations, aurait-elle pu aboutir au même résultat. Mais le juge a vraisemblablement privilégié une approche pragmatique en cherchant à éviter un questionnement sur la nature des contrats de plan. Il n'empêche que cette approche n'est pas sans lien avec le caractère pseudo-contractuel des conventions visées. À l'évidence, s'il semble que leurs stipulations ne préjudicient jamais aux intérêts des tiers⁵³, cela tient *in fine* à leur nature non impérative.

803. S'accorder sur l'irrecevabilité des recours relatifs aux actes détachables des conventions d'administration n'est pas chose difficile. Toutefois, les voies pour y parvenir sont diverses. Celle proposée dans les développements précédents a le mérite de la simplicité. Elle rend compte de la distinction mise en valeur entre les actes conventionnels. Et, bien sûr, elle contribue à assurer la stabilité des relations. Même s'il faut reconnaître que les conséquences d'une éventuelle annulation d'un acte détachable sont, en l'espèce, infimes. Pour les contrats administratifs, le juge a élaboré une jurisprudence nuancée permettant à un tiers d'obtenir l'annulation d'une

⁵² CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, p. 415. V. égal., TA Nantes, 23 mars 1995, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, tab., p. 958.

⁵³ Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », *in La profondeur du droit local. Mélanges J.-Cl. Douence*, Dalloz, 2006, pp. 449-450.

convention par ce biais⁵⁴. Tel ne saurait être le cas s'agissant des conventions d'administration puisqu'elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel. Reste l'hypothèse d'un déferé préfectoral. Un tiers pourrait, en provoquant l'intervention du préfet, espérer la sanction d'une irrégularité affectant une convention d'administration. Il s'agit d'une situation théoriquement possible mais assez peu plausible en pratique. Au vu de tous ces éléments, on peut estimer que les conventions d'administration sont vouées à demeurer en dehors du contentieux. Du moins, elles risquent de faire très exceptionnellement l'objet d'un recours par action, ou même par exception. Il semble, en revanche, plus discutable d'écarter de manière systématique ces actes des moyens de légalité.

Sous-section 2 : L'irrecevabilité discutable des moyens

804. Envisager la violation des conventions d'administration parmi les moyens de légalité a de quoi surprendre. Un principe souvent rappelé par le juge administratif conduit, en effet, à ce que la méconnaissance des stipulations contractuelles ne puisse être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. De prime abord, tout semble donc indiquer qu'un traitement identique devrait être réservé aux conventions d'administration. Si la violation des contrats ne peut constituer un moyen de légalité, il devrait en aller de même, *a fortiori*, s'agissant des conventions d'administration. Cette intuition n'est pourtant pas nécessairement juste. Sans qu'il faille revenir sur ce principe au sujet des contrats, la nature spécifique d'autres procédés conventionnels incite à s'interroger sur leur utilisation contentieuse.

Dans la mesure où les conventions d'administration ont souvent vocation à orienter l'action publique, et plus précisément l'édition de décisions administratives, il ne paraît pas illogique de discuter l'irrecevabilité qui est opposée aux moyens

⁵⁴ V. pour une exposition pédagogique du mécanisme utilisé, CE, 21 févr. 2011, *Société Ophrys, Rec.*, (à paraître) : « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ». V. égal., Ch. GUÉTTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis droit », 2^{ème} éd., 2008, pp. 488-492 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., pp. 177-183 ; v. plus part., J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, not. pp. 171-178.

fondés sur leurs stipulations. Cela suppose de justifier la règle selon laquelle il n'est pas possible de se prévaloir de la méconnaissance des clauses contractuelles à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Et, plus encore, de montrer en quoi le maintien de cette règle semble, malgré de sérieux doutes, toujours valable (§1). Il sera ensuite possible d'énoncer les raisons pour lesquelles une règle identique ne devrait pas jouer à propos des conventions d'administration (§2).

§1. Le maintien des solutions visant les clauses contractuelles

805. Bien qu'elle repose sur des arguments incertains, l'irrecevabilité des moyens fondés sur la méconnaissance de stipulations contractuelles et invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir perdure. Elle s'envisage par opposition à la recevabilité des mêmes moyens dans le contentieux contractuel. Il n'est pas toujours facile de trouver au sein de la littérature juridique les raisons de ce rejet. Malgré tout, cette règle paraît majoritairement admise par les auteurs. Un tel accord doctrinal ne dispense pas d'expliquer les choix effectués par le juge administratif. Sans doute le contentieux contractuel n'appelle-t-il pas de longs développements (a). Mais tel n'est pas le cas de l'irrecevabilité opposée aux moyens fondés sur des clauses contractuelles invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir (b).

a) Des moyens recevables dans le contentieux contractuel

806. En vue d'assurer le respect d'un contrat, l'une des parties peut évidemment se prévaloir de ses stipulations pour la résolution d'un différend. Cela vaut de manière générale et, en particulier, dans l'hypothèse d'un recours formé devant le juge du contrat. Il n'est pas besoin d'insister longuement sur ce point. Il est courant qu'un cocontractant conteste une décision de résiliation, une sanction prise à son encontre, ou bien réclame le versement d'une somme déterminée au motif que l'administration n'a pas honoré ses engagements. En témoigne, parmi plusieurs jurisprudences, une décision *Département des Alpes-Maritimes* dans laquelle un concessionnaire se prévaut d'une clause imposant l'organisation d'une procédure de conciliation en cas de litige⁵⁵.

807. Il n'est pas utile de multiplier les illustrations. On peut en revanche relever dans la décision *Commune de Béziers* une traduction de la possibilité qu'ont les parties de se prévaloir des stipulations contractuelles. En effet, le Conseil d'État y rappelle : « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du con-

⁵⁵ CE, 28 janv. 2011, *Département des Alpes-Maritimes*, Rec., tab. (à paraître).

trat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, *de faire application du contrat*»⁵⁶. Le règlement d'un différend suppose ainsi que les parties fassent valoir quelle a été leur intention initiale. L'invocation des clauses contractuelles admet cependant une limite certaine. Il s'agit de la circonstance dans laquelle une irrégularité grave conduit le juge à écarter l'application du contrat. Le contentieux se trouve alors déplacé sur un autre terrain d'ordre quasi-délictuel ou quasi-contractuel⁵⁷. Et il devient matériellement impossible de fonder une demande sur un moyen reposant sur l'acte sanctionné. Cette hypothèse reste malgré tout peu fréquente. Les interventions du juge sont en effet guidées par le souci de préserver la stabilité des relations contractuelles.

808. Dans cette optique, la recevabilité des moyens tirés de la méconnaissance de stipulations contractuelles ne pose guère de difficulté. On ne se trouve pas confronté à un contentieux objectif faisant uniquement appel aux moyens de légalité. Le différend est d'ordre subjectif et se règle devant le juge du plein contentieux. En quelque sorte, c'est encore de la réalisation de l'opération contractuelle dont il s'agit. Seulement, la satisfaction des prétentions formulées par l'une des parties requiert une décision juridictionnelle.

Tout ceci peut apparaître évident. C'est peut-être la raison pour laquelle la doctrine en rend souvent compte de manière succincte. L'attention des auteurs se focalise, en fait, sur les pouvoirs dont dispose le juge du contrat et non sur la recevabilité des moyens⁵⁸. Il s'agit, aujourd'hui encore, d'une matière soulevant de réelles difficultés malgré les précisions utiles apportées par le Conseil d'État⁵⁹. D'aucuns jugeaient naguère que les attributions du juge du contrat demeuraient modestes et souhaitaient, à juste titre, une amélioration de l'état du droit positif. C'est désormais chose faite. Mais l'utilité de ces pouvoirs juridictionnels est, bien sûr, tributaire de l'usage qu'en fera le juge. En outre, certaines prérogatives se trouvent encore écartées par la jurisprudence administrative. Ne peuvent ainsi être annulées les mesures d'exécution du contrat telles que les décisions sanctionnant le comportement du co-

⁵⁶ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509 (nous soulignons).

⁵⁷ CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Citécâble Est*, *Rec.*, p. 457.

⁵⁸ V. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2010, pp. 324-330.

⁵⁹ CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, *Rec.*, p. 509.

contractant. Le juge peut simplement octroyer une indemnisation afin de compenser le préjudice subi⁶⁰.

Cette impossibilité est souvent et depuis longtemps discutée, voire contestée, dans la littérature juridique⁶¹. Une telle critique est parfaitement compréhensible au vu des diverses exceptions que connaît ce principe⁶². Du reste, elle trouve, semble-t-il, dans la jurisprudence communautaire un motif supplémentaire de contestation⁶³. Aussi serait-il préférable d'admettre un pouvoir d'annulation au profit du juge de plein contentieux, même si des impératifs tenant à la stabilité des relations contractuelles devraient conduire ce dernier à en user avec parcimonie et à lui préférer l'octroi d'une indemnisation⁶⁴. Gageons que les récentes évolutions touchant l'office du juge du contrat conduiront à l'abandon de cette restriction curieuse⁶⁵. Afin que ce juge du plein contentieux dispose vraiment des pleins pouvoirs. Quoi qu'il en soit, la recevabilité des moyens tirés de la méconnaissance des clauses contractuelles est certaine lorsque les parties saisissent le juge du contrat. En définitive, les difficultés se situent ailleurs, c'est-à-dire au niveau des pouvoirs juridictionnels. Il s'agit donc moins d'une affaire de moyens soulevés que de prétentions soutenues. La situation est, en quelque sorte, inverse dans le contentieux de l'annulation.

⁶⁰ V. not., CE Sect., 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « La prospérité fermière »*, Rec., p. 288 ; CE Sect., 6 nov. 1970, *Société anonyme touristique de la vallée du Lautaret « Sathoval »*, Rec., p. 654 ; CE Sect., 24 nov. 1972, *Société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Rec., p. 753 ; CE, 22 févr. 1980, *SA des Sablières modernes d'Aresy*, Rec., p. 109 ; CE, 21 févr. 2003, *Entreprise Jean Lefebvre*, Rec., tab., p. 866 ; CE, 14 oct. 2005, *Commune de Pagny-sur-Moselle*, Rec., tab., p. 768. V. égal., les conséquences de principe sur la recevabilité d'un référé-suspension, CE, 24 juin 2002, *Société Laser*, Rec., tab., p. 857.

⁶¹ V. par ex., Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 89 et s.

⁶² V. par ex., s'agissant des décisions de résiliation touchant les marchés d'entreprise de travaux publics, CE Sect., 26 nov. 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération (SIMA)*, Rec., p. 723. V. plus part., S'agissant des contrats entre personnes publiques pour l'organisation d'un service public, CE Sect., 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec., p. 198 : « si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public ». V. not., pour une appréciation critique de l'état du droit, D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, pp. 30-32 ; v. aussi, F. BRENET, « L'annulation des mesures d'exécution du contrat par le juge de plein contentieux », *DA*, 2000, chron. 18 ; L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, th. Paris II, 1994, p. 372 et s.

⁶³ CJCE, 18 juill. 2007, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04, *BJCP*, 2007, p. 406, concl. V. Trstenjak, obs. Ph. Terneyre.

⁶⁴ V. *contra*, CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 101 : ce que le rapport présente comme des arguments suffisants pour exclure la possibilité d'annuler des mesures contractuelles sont plutôt de nature à limiter l'usage de ce pouvoir.

⁶⁵ V. part., CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, Rec., (à paraître).

b) Des moyens irrecevables dans le contentieux de l'excès de pouvoir

809. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la règle de l'irrecevabilité opposée aux moyens tirés de la méconnaissance de stipulations contractuelles bénéficie d'une remarquable stabilité⁶⁶. Peu de règles jouissent d'un statut comparable. Si un tiers a la possibilité de former un recours à l'encontre d'un acte détachable, il ne peut motiver sa demande que sur des moyens de légalité. Or n'en font pas partie les moyens reposant sur les stipulations d'un contrat⁶⁷. Il n'est pas difficile d'illustrer cette observation. Le Conseil d'État a notamment jugé à propos d'un contrat de plan État-région que « la méconnaissance des stipulations d'un contrat, si elle est susceptible d'engager, le cas échéant, la responsabilité d'une partie vis-à-vis de son cocontractant, ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative »⁶⁸.

Cette jurisprudence a connu plusieurs applications. Ont ainsi été écartés des moyens similaires au soutien d'un recours contre une déclaration d'utilité publique⁶⁹, une délibération adoptant un budget régional⁷⁰, ou encore un projet de lotissement⁷¹. La solution retenue par le juge administratif au sujet des contrats de plan, et qui est transposable aujourd'hui aux contrats de projets, n'est pas surprenante compte tenu de la constance de cette règle à l'égard de tout contrat⁷². En somme, malgré les spécificités liées aux contrats de plan, dès lors que l'on admet la qualifica-

⁶⁶ V. not., J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 160 ; P. DELVOLVÉ, note sous l'arrêt CE, 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne, RFDA*, 1997, pp. 349-351 ; v. plus récemment, malgré les hésitations que soulève notamment la jurisprudence de la Cour de cassation, X. DOMINO, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », note sous l'arrêt CE Sect., 11 juill. 2011, *M^{me} Gilles, AJDA*, 2011, pp. 1951-1953.

⁶⁷ Il faut réserver l'hypothèse, différente de celle étudiée, de l'illégalité d'un contrat affectant un de ses actes détachables. V. not., Ph. TERNEYRE, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 73.

⁶⁸ CE Ass., 8 janv. 1988, Min. chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg, *Rec.*, p. 2.

⁶⁹ CE, 21 avr. 1997, *Mlle Jubert et autres, Rec.*, p. 136.

⁷⁰ CE, 4 juill. 1997, *Région Rhône-Alpes, Rec.*, p. 276.

⁷¹ CAA Bordeaux, 20 nov. 2006, *M. et Mme X.*, req. n° 03BX00962.

⁷² V. not., CE, 11 janv. 1889, *Compagnie des docks et entrepôts de Marseille, Rec.*, p. 31 ; CE, 5 juill. 1907, *Humblot, Rec.*, p. 637 ; CE Sect., 20 oct. 1950, *Stein, Rec.*, p. 505 ; CE, 4 oct. 1967, *Sieur Gérard et consorts Dubois, Rec.*, p. 351 ; CE, 15 oct. 1971, *Syndicat national indépendant et professionnel des CRS, Rec.*, p. 610 ; CE Ass., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale, Rec.*, p. 247.

tion contractuelle la décision d'irrecevabilité apparaît logique⁷³. Il suffit au juge de classer lesdits actes dans la catégorie des contrats pour écarter tout moyen s'y afférent dans le contentieux de l'annulation.

810. La justification de l'irrecevabilité opposée aux moyens tirés de la méconnaissance de stipulations contractuelles semble toutefois assez intuitive. Pour cette raison, il n'est pas facile d'en faire état. On peut proposer une explication basée sur les écrits de M. Richer. Selon cet auteur, « le contrat n'est pas pleinement intégré à la légalité, comme en témoigne l'impossibilité d'en invoquer la violation à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir »⁷⁴. Cette assertion est juste bien qu'elle appelle une précision.

Désormais, la doctrine admet la plupart du temps la normativité des stipulations contractuelles. Voilà pourquoi le contrat est parfaitement intégré au sein de la hiérarchie normative. Il se situe certes au bas de l'échelle mais il s'y trouve bel et bien. Sur un plan théorique, envisager le contrat au regard de la légalité administrative est très différent. En effet, celui-ci peut tout à fait être un acte contenu dans la hiérarchie normative sans pour autant constituer, pour le juge, une référence incluse dans son bloc de contrôle. Il s'agit de deux ensembles distincts. Or, en l'état de la jurisprudence, le contrat n'est pas perçu par le juge comme appartenant au bloc de légalité. Une telle exclusion n'a pas d'incidence sur l'appartenance des contrats à l'ordonnement normatif. Elle s'explique en définitive par le fait que ces actes n'ont pas vocation à fonder l'édition de normes contrôlées par le juge de l'excès de pouvoir⁷⁵. Sources de droits et obligations pour les parties, ils ne sont pas pour autant des sources du droit⁷⁶.

811. Les difficultés rencontrées pour justifier rigoureusement l'irrecevabilité des moyens tenant aux clauses contractuelles ont visiblement encouragé certains auteurs à critiquer les choix jurisprudentiels. Parmi ceux-ci, M. de Béchillon a proposé

⁷³ Notons toutefois que cette irrecevabilité peut être opposée à d'autres accords sans toutefois que l'on puisse retenir à leur égard la qualification de contrat, v. CE, 6 nov. 1998, *Alcamo*, *Rec.*, tab., p. 988.

⁷⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2010, p. 221. V. aussi, J.-H. STAHL, concl. sur l'arrêt CE Sect., 30 oct. 1998, *Commune de Lisieux*, *RFDA*, 1999, p. 136 : « cette solution découle à nos yeux de la nature même du recours de légalité qu'est le recours pour excès de pouvoir, qui ne peut viser, dans la sphère contractuelle, qu'à vérifier que la mise en œuvre du procédé contractuel s'est accomplie dans le respect des règles constitutionnelles, conventionnelles, législatives, jurisprudentielles et réglementaires applicables ».

⁷⁵ V. pour une analyse favorable à la reconnaissance du contrat comme un élément du bloc de légalité, C. YANNAKOPOULOS, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008, pp. 433-434.

⁷⁶ V. not., B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, 4^{ème} éd., 2011, t. 1, pp. 122-123.

de tirer toutes les conséquences de la nature normative du contrat. Il a ainsi présenté cet acte comme une possible « norme de référence d'un contentieux de l'annulation »⁷⁷.

Pour appuyer cette opinion, l'auteur rappelle d'une part que « les conventions à effet réglementaire fournissent fréquemment la norme de référence d'un contrôle objectif de légalité »⁷⁸. Un tel argument ne peut être retenu sans réserve. En effet, dans les hypothèses envisagées, la recevabilité des moyens est précisément liée à la nature faussement contractuelle du contenu de l'acte. D'un point de vue matériel, les clauses du contrat connaissent alors, pour partie, un traitement similaire à celui des dispositions réglementaires. Aussi cette référence n'est-elle pas tout à fait convaincante. M. de Béchillon se reporte de manière plus probante en revanche à la force obligatoire pour soutenir son opinion. Notant les difficultés que comporte cette référence, il en propose une lecture épurée. Pour lui, « il faut la présenter de façon atténuée, et, pour cela, considérer l'article 1134 comme donnant seulement le *fondement* de la force obligatoire des contrats entre les parties. Il fait de la convention une norme, une prescription impérative, mais ne lui imprime pas la valeur d'une loi ou d'un principe général du droit »⁷⁹. Ce caractère justifierait ainsi que le juge tienne compte des moyens fondés sur la méconnaissance de stipulations contractuelles, et ce même dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

La proposition faite par cet auteur est plutôt convaincante dans la mesure où les effets de la force obligatoire ne sont pas totalement circonscrits par l'effet relatif. Il existe ainsi de bonnes raisons théoriques à ce que le juge écarte l'irrecevabilité qui touche les moyens tirés de la méconnaissance des stipulations contractuelles dans le contentieux objectif. Pour autant, cette évolution jurisprudentielle ne paraît ni certaine ni proche. Sans doute la subjectivité qui entoure les relations contractuelles apparaît-elle pour le juge comme un motif suffisant pour exclure ces actes des moyens de légalité objective⁸⁰. On peut désapprouver ce choix tout en notant qu'il n'empêche pas qu'un traitement différent soit appliqué aux conventions d'administration.

⁷⁷ D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 26.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 28. V. aussi, D. de BÉCHILLON, « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990 (n° 58), p. 10 et s.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 29 (souligné dans le texte).

⁸⁰ V. not., sur cette justification, P. LAMPUÉ, « La distinction des contentieux », *Mélanges Georges Scelle*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 305.

812. Il reste que l'irrecevabilité opposée aux moyens fondés sur la méconnaissance de clauses contractuelles ne connaît pas de réelles dérogations. Cela donne le sentiment que le juge n'est pas décidé à revenir sur sa jurisprudence. Concrètement, si un tiers cherche à se prévaloir de stipulations contractuelles, le juge prononcera systématiquement l'irrecevabilité du moyen. Il existe par contre des hypothèses bien connues dans lesquelles les clauses visées sont faussement contractuelles. Elles revêtent en vérité une nature réglementaire. Alors, ces clauses peuvent parfaitement, à l'instar des dispositions réglementaires, constituer des moyens de légalité. Mais cette circonstance, on l'a dit, ne saurait être envisagée comme une dérogation au principe de l'irrecevabilité. C'est plutôt qu'il n'y a pas lieu d'en faire application dans la mesure où la clause n'est pas contractuelle. Le Conseil d'État admet cette hypothèse depuis fort longtemps et celle-ci connaît des applications concrètes notamment au sujet des concessions de service public⁸¹.

813. En revanche, il est arrivé au juge de montrer des signes d'assouplissement de la mise en œuvre de cette règle au sujet de conventions dont la nature contractuelle est douteuse. En atteste une décision évoquant un contrat de plan entre l'État et une entreprise publique. À la demande d'une collectivité régionale, le Conseil d'État a examiné la régularité d'une décision réorganisant un service de transport ferroviaire. Il a notamment estimé que « si la requérante soutient que la décision de la SNCF est incompatible avec les objectifs fixés par le contrat de plan conclu entre l'Etat et la SNCF, *ce moyen n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé* »⁸². En s'exprimant ainsi, sans prendre le soin d'insérer la formule usuelle « *en tout état de cause* », le juge donne le sentiment qu'il aurait pu examiner ledit moyen s'il avait été soutenu avec des précisions suffisantes⁸³. Or il s'agissait bien d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision administrative et à l'appui duquel le requérant se prévalait de la méconnaissance de stipulations conventionnelles. Tout semble ainsi indiquer que le Conseil d'État a entendu réserver, en l'espèce, un sort particulier aux contrats de plan. Une telle interprétation

⁸¹ V. not., CE, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux*, Rec., p. 961. V. aussi, CE Sect., 23 févr. 1968, *Sieur Picard*, Rec., p. 131 ; CE Ass., 1^{er} juill. 1996, *Cayzeele*, Rec., p. 274. V. à ce propos, J.-L. MESTRE, « Une justification historique de l'arrêt Cayzeele », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 545.

⁸² CE, 13 nov. 2006, *Région Pays de la Loire*, Rec., tab., p. 1082 (nous soulignons).

⁸³ V. pour une illustration du recours à la formule « en tout état de cause » pour signifier l'irrecevabilité qui affecte un moyen juridictionnel, CE, 16 nov. 1998, *Beaumont et autres*, req. n° 174305 : « s'il est soutenu que le projet ayant fait l'objet de l'autorisation d'équipement commercial contestée *serait contraire aux objectifs des "contrats de ville"* souscrits par certaines communes, un tel moyen n'est, *en tout état de cause*, pas assorti de précisions et justifications suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé ».

n'est pas trop audacieuse. Elle rendrait compte d'un traitement qu'il serait souhaitable de préconiser pour les conventions d'administration. Leurs spécificités justifieraient pleinement, en effet, que ces actes ne soient pas soumis à la règle de l'irrecevabilité des moyens tenant aux clauses contractuelles.

§2. La modification des solutions visant les clauses conventionnelles

814. La situation des moyens tirés de la méconnaissance des stipulations contenues au sein des conventions d'administration est actuellement de deux ordres. Soit elle s'apparente pour une large part à celle des clauses contractuelles ; soit elle rejoint le statut des simples déclarations d'intention. Dans cette seconde hypothèse, les moyens ne sont alors jamais examinés par le juge. On leur oppose systématiquement l'irrecevabilité. Ces solutions ne semblent, ni l'une ni l'autre, adaptées à la nature des conventions d'administration. Une approche différente pourrait consister à toujours admettre la possibilité pour un requérant de se prévaloir de la méconnaissance des directives conventionnelles. Une telle faculté vaudrait tant pour les parties que pour les tiers. Cela permettrait d'unifier les règles applicables et de conférer toute leur utilité aux conventions d'administration. Au soutien de cette proposition, deux arguments principaux peuvent être avancés. Il s'agit de la neutralité des conséquences liées à l'effet relatif qui se manifeste particulièrement au sujet des conventions d'administration (a) et de certaines implications liées aux effets d'orientation que ces dernières génèrent (b).

a) Une recevabilité concevable en dépit de l'effet relatif

815. L'effet relatif constitue *a priori* une limite à la recevabilité des moyens tirés des stipulations conventionnelles⁸⁴. Celui-ci traduit, selon une présentation classique, la nature subjective du lien qui unit les parties. Il s'agit d'un principe général dont l'application connaît un certain nombre de dérogations ou d'aménagements, en droit administratif⁸⁵ plus encore qu'en droit privé.

⁸⁴ V. not., sur l'application général de ce principe, J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, pp. 349-389 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 787-797 ; F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981, pp. 232-240.

⁸⁵ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, pp. 583-591.

Mais cela n'empêche pas les discours doctrinaux de lui accorder un rôle fondamental. Il semble en particulier déployer des conséquences importantes quant à l'opposabilité et l'invocabilité des conventions⁸⁶. Jean Carbonnier estimait à cet égard que « dans le cas le plus ordinaire, [...] il n'existe que des contrats individuels, et définir la sphère d'application de la loi contractuelle dans l'espace, ce n'est que déterminer les individus entre qui le contrat doit être observé »⁸⁷. De cette assertion on pourrait tirer la conclusion générale que seules les parties sont susceptibles d'invoquer les stipulations contractuelles. Seulement, cette déduction se trouverait contredite par la possibilité qu'ont les tiers de se prévaloir de la situation juridique née du contrat⁸⁸. En vérité, les conséquences de l'effet relatif sont plus circonscrites qu'il n'y paraît. Comme l'écrit M^{me} Fabre-Magnan, « dire que le contrat a un effet relatif ne signifie pas qu'il soit dépourvu de tout effet à l'égard des tiers. L'effet relatif du contrat se limite [...] à son effet obligatoire. Le contrat est en revanche opposable à tous, c'est-à-dire également aux tiers »⁸⁹. Parce qu'il existe valablement au sein de l'ordonnement juridique, le contrat est ainsi susceptible de générer des effets à l'endroit des tiers.

Des conclusions similaires sont valables en droit administratif⁹⁰. Strictement entendu, l'effet relatif ne constituerait donc pas un empêchement dirimant concernant l'invocation de moyens tirés de la méconnaissance de stipulations conventionnelles par les tiers. Et l'explication naguère apportée par un membre du Conseil d'État au sujet de l'irrecevabilité de tels moyens devient aujourd'hui discutable. Elle tenait en peu de mots : « c'est un recours de légalité objective dans un contentieux des droits subjectifs »⁹¹. Cette formulation opposait ainsi la relativité conventionnelle à l'objectivité du contentieux de l'annulation. S'il est vrai que cette situation contentieuse est originale, elle n'en demeure pas moins envisageable. Il n'y a pas lieu d'écarter, pour ce motif, la possibilité qu'un tiers se prévale d'une clause conven-

⁸⁶ V. plus préc., sur l'inopposabilité aux tiers, J.-F. LAFAX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, not. pp. 203-220.

⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 232. V. aussi, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, pp. 407-418.

⁸⁸ V. en droit privé, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 9^{ème} éd., 2005, pp. 492-493. V. aussi, une solution plus audacieuse encore, Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, *Consorts Loubeyre c/ société Myr-Ho et autres*, n° pourvoi 05-13255, *Bull.*, n° 9, p. 23.

⁸⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., t. 1, 2010, p. 506.

⁹⁰ V. part., J.-F. LAFAX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, not. pp. 203-204.

⁹¹ M. FORNACCIARI, « Contribution à la résolution de quelques « paradoxes » », *EDCE*, 1988, p. 93.

tionnelle. Les solutions retenues par la jurisprudence sont plus subtiles et tiennent compte, à la fois, de la sécurité du lien subjectif et de la protection des tiers. En vue de respecter ces deux exigences, certains moyens juridictionnels sont écartés par le juge administratif mais cela ne signifie pas forcément que les conventions ne produisent aucun effet en dehors des parties.

816. Cette idée vaut d'autant plus au sujet des conventions d'administration en raison de leur fonction directive. Outre des actes subjectifs, il arrive que les conventions d'administration orientent des décisions réglementaires⁹². Ce rôle est important dans la mesure où il traduit, en quelque sorte, une atténuation de l'effet relatif qui régit toute convention. Sans doute, en édictant telle ou telle norme générale, l'une des parties satisfait-elle aux stipulations convenues. Il n'empêche qu'elle confère aussi une portée nouvelle aux objectifs conventionnels. Par l'édition de la norme réglementaire, ces derniers peuvent contraindre des destinataires au-delà des seules parties.

De telles pratiques soulèvent de réelles difficultés quant à la situation des conventions d'administration dans l'ordonnement juridique⁹³. On ne saurait évidemment prétendre qu'elles se situent à un rang supérieur à celui des actes qu'elles orientent. L'une des raisons est fort simple. Compte tenu de leur caractère non normatif, les conventions d'administration n'entrent pas dans la hiérarchie normative. Seulement, on ne peut nier qu'elles interviennent dans la production de certaines normes, lesquelles engendrent parfois des conséquences qui ne sont pas cantonnées aux parties. À partir de cette observation, il faut admettre que l'effet relatif peut subir des aménagements dans le cadre de l'exécution des conventions d'administration. Or cela constitue une raison supplémentaire pour reconnaître la recevabilité de certains moyens tirés de l'incompatibilité entre l'édition d'un acte et les directives conventionnelles.

817. Au-delà des spécificités tenant aux conventions d'administration, il faut souligner au surplus que la doctrine s'est parfois montrée favorable à la recevabilité des moyens tirés de la méconnaissance des contrats. En ce sens, M. de Béchillon affirme qu'il n'y a « *aucun obstacle majeur à ce que la violation d'un contrat soit – en tant que telle – considérée comme une illégalité susceptible de recevoir sanction par la voie du recours pour ex-*

⁹² V. *supra*, n° 600 et s.

⁹³ V. not., s'agissant du rang des contrats au sein de la hiérarchie normative, D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, pp. 29-30.

cès de pouvoir»⁹⁴. S'il n'est pas nécessaire d'abandonner l'irrecevabilité qui touche ces moyens, cette proposition apparaît utile pour la présente étude. Elle peut apporter une confirmation quant à la neutralité de l'effet relatif des contrats dans cette hypothèse. Admettre la possibilité qu'un requérant se prévale de la méconnaissance des stipulations contractuelles à l'appui d'un recours en annulation incite, en effet, à ne pas voir la subjectivité des droits et obligations contractuels comme un obstacle théorique. Le caractère invocable ou non des clauses soulève des questions d'un autre ordre. Or, si cela s'avère juste concernant les contrats, il en va *a fortiori* de même concernant les conventions d'administration.

818. De la sorte, la recevabilité des moyens touchant aux stipulations conventionnelles peut vraisemblablement se concevoir sans distinction selon la nature des requérants. Elle vaut d'abord, et surtout, pour les parties. Cela ne pose pas de difficulté particulière. Mais la recevabilité de ces moyens peut également bénéficier aux tiers en raison de la neutralité de l'effet relatif sur ce point. Les spécificités touchant aux conventions d'administration justifient d'autant plus la possibilité que tout requérant puisse invoquer la méconnaissance des objectifs contenus dans ces actes. Si cette proposition peut paraître audacieuse, il faut rappeler que le juge administratif devra s'assurer que les tiers présentent un intérêt à agir avant de se prononcer sur les moyens soulevés. Il s'agit d'une limite qui est loin d'être négligeable. Sous cette réserve, il n'est pas indispensable d'établir une distinction selon que le requérant est une partie ou un tiers à la convention d'administration. Une fois écartée l'objection tenant à l'effet relatif, il reste à fonder la recevabilité des moyens touchant aux conventions d'administration. La principale justification semble résider dans l'existence d'effet d'orientation.

b) Une recevabilité impliquée par l'existence d'effets d'orientation

819. Il est théoriquement possible de cantonner aux seuls contrats la règle selon laquelle sont irrecevables les moyens tirés de la méconnaissance des stipulations. Rien n'oblige en effet à étendre cette dernière à l'ensemble des procédés conventionnels. Des membres du Conseil d'État ont ainsi pu affirmer à propos d'un contrat de plan que s'il « ne s'agissait pas d'un vrai contrat, il n'y aurait pas eu lieu d'appliquer la règle selon laquelle la méconnaissance d'un contrat ne peut pas être

⁹⁴ D. de BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 30 (souligné dans le texte).

utilement invoquée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir »⁹⁵. Certes, une telle proposition ne pouvait être envisagée, il y a plus de deux décennies, comme une allusion à des conventions non contractuelles. Il semble plutôt que les auteurs renvoyaient à la catégorie des actes réglementaires ou à des manifestations extra-juridiques. Mais cette affirmation peut fort bien être transposée pour décrire la situation actuelle des conventions d'administration.

820. Dès lors que l'acte dont les stipulations sont invoquées n'est pas un contrat, mais un procédé consistant à orienter l'action publique, il devient possible d'envisager la recevabilité des moyens avancés. Une telle hypothèse paraît liée aux différences fonctionnelles entre les contrats et les conventions d'administration. Envisagées dans le cadre de la production normative, les secondes interviennent indirectement. Elles influent sur l'édiction de normes et, à ce titre, connaissent des applications par l'intermédiaire de décisions administratives. Mais, en dehors de ces hypothèses, il est vrai qu'elles ne prescrivent pas, à la différence des contrats, de comportement aux parties. En tenant compte de ces spécificités, ne faudrait-il pas alors admettre la recevabilité des moyens reposant sur leurs stipulations ? Ce serait une reconnaissance de leurs effets juridiques et, plus largement, de leur utilité pour la production normative. La logique qui sous-tend la passation des conventions d'administration incite à faire de ces actes des éléments du contrôle juridictionnel.

821. Aucun obstacle théorique ne paraît s'opposer à voir dans les stipulations des conventions d'administration de possibles moyens à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Contrairement à une idée répandue, le caractère indirect de leurs effets normatifs ne constitue pas un empêchement dirimant. Il arrive, par exemple, que des dispositions ne soient pas immédiatement applicables en droit et puissent pourtant être invoquées par des requérants. Tel est le cas de certains articles de la Charte de l'environnement⁹⁶. Des chroniqueurs écrivent, à ce propos, que « l'absence d'effet immédiat d'une norme n'est pas [...] de nature à priver systématiquement les justiciables de la possibilité d'invoquer cette norme devant le juge ordinaire »⁹⁷. Bien que les auteurs visent uniquement ici des dispositions normatives,

⁹⁵ M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette, coll. « P.E.S. », 1989, pp. 177-178.

⁹⁶ V. part., CE Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy, Rec.*, p. 322. Cette jurisprudence ne résout pas toutes les difficultés relatives à l'invocabilité, v. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER, « chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2008, pp. 2169-2170. V. aussi, CE, 16 avr. 2010, *Association ALCALY, Rec.*, p. 112.

⁹⁷ C. LANDAIS et F. LENICA, « chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2006, p. 1586.

rien n'empêche d'étendre cette réflexion aux clauses non normatives. Dans la mesure où elles ne produisent pas de modification directe de l'ordonnancement juridique, on pourrait avoir des doutes sur leur invocabilité. Mais ce sont là deux choses différentes. En théorie, la nature juridique de ces procédés suffit à ce que des requérants puissent s'en prévaloir. Plutôt que d'écarter cette possibilité, il conviendrait de tenir compte des spécificités liées aux conventions d'administration pour adapter la nature du contrôle juridictionnel exercé.

822. Au demeurant, il est déjà arrivé que des conventions d'administration soient utilisées par le juge administratif pour trancher un litige. Ces actes n'ont certes pas servi à fonder d'authentiques motifs d'annulation. Le juge administratif s'est contenté d'y faire référence en quelque sorte à titre informatif et leur mention n'était sans doute pas indispensable. Il aurait été possible d'en faire l'économie au sein du discours juridictionnel mais elle apportait un élément utile pour régler le différend dans chaque espèce.

De rares décisions illustrent cet usage. Elles sont toutefois suffisamment significatives du rôle accordé aux conventions d'administration. Quelques décisions montrent en particulier que leurs stipulations sont susceptibles d'être prises en compte pour évaluer l'intérêt général d'une opération d'aménagement. Ainsi est-il arrivé au juge de mentionner, de façon incidente, un contrat de pays pour rappeler l'existence d'une « politique de revitalisation du milieu rural »⁹⁸. Cette précision a participé à la reconnaissance de l'intérêt général d'un projet de création d'un lotissement. Le même jour, le Conseil d'État a aussi utilement précisé le lien entre un contrat régional d'aménagement rural et une déclaration d'utilité publique. De façon limpide, il a affirmé que l'opération concernée « a [...] été mise en œuvre dans le cadre »⁹⁹ de la convention. Tout cela n'illustre pas vraiment l'orientation conventionnelle d'une décision d'espèce. En définitive, lesdites conventions préparent seulement les opérations d'aménagement et non les arrêtés préfectoraux. Cependant, pour l'examen de l'utilité publique du projet, les conventions ne sont pas sans conséquences. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le juge prend la peine de les citer. Une telle mention ne doit pas occulter le fait qu'une convention n'est ni nécessaire ni suffisante pour déclarer l'utilité publique d'une opération. Tout juste peut-on estimer que l'intérêt général d'un projet est présumé dès lors qu'il est inscrit dans une

⁹⁸ CE, 19 mai 1983, *Bertrand, Rec.*, p. 206.

⁹⁹ CE, 19 mai 1983, *Mme Baronnet et autres, Rec.*, p. 207.

convention d'administration. Cette inscription est, dans cette mesure, susceptible d'influer sur la décision préfectorale.

Plusieurs jurisprudences sont plus édifiantes encore. Dans une ordonnance *Préfet du Loiret*, la qualification retenue par un contrat local de sécurité au sujet de quartiers a été évoquée pour évaluer la délinquance qui y sévit¹⁰⁰. Une autre ordonnance du Conseil d'État relève encore l'existence d'un contrat local de sécurité pour effectuer un examen similaire¹⁰¹. Plus précisément, le juge recourt en l'espèce à ce texte pour rejeter un référé-suspension à l'encontre d'un arrêté de police dont les mesures de restriction paraissent proportionnées aux circonstances locales. À l'inverse, il arrive que l'absence de passation d'une convention d'administration soit un indice pour annuler un règlement communal. Ainsi une cour administrative d'appel a-t-elle pu notamment constater l'inexistence d'un contrat local de sécurité pour confirmer l'annulation d'une mesure de police prononcée en première instance¹⁰². Pour le juge, il s'agissait là d'un signe tangible du caractère ordinaire des circonstances locales. De façon plus révélatrice enfin, une convention a pu être mentionnée dans la mesure où elle comprenait un objectif à la réalisation duquel le comportement d'une association faisait obstacle. En l'espèce, un contrat local de sécurité incitait au regroupement des organismes associatifs au sein d'un même bâtiment communal. Or une seule association occupait ce lieu et refusait de le quitter. Au vu des directives fixées par la convention, le juge a tranché le litige en ordonnant à cette personne privée de libérer les lieux¹⁰³. Cette jurisprudence traduit parfaitement toute l'étendue des effets que génèrent déjà les conventions d'administration lors de contentieux.

823. Bien plus, il arrive que l'utilisation d'une convention pour contrôler un acte unilatéral soit impliquée par les textes législatifs. Il en allait ainsi naguère des contrats de plan ou de service public. En effet, l'article 29 de la loi du 4 février 1995 prévoyait explicitement : « toute décision de réorganisation ou de suppression d'un service aux usagers [...] doit, si elle n'est pas conforme aux objectifs fixés dans les contrats de plan ou de service public, être précédée d'une étude d'impact »¹⁰⁴. Cette

¹⁰⁰ CE, ord., 9 juill. 2001, *Préfet du Loiret*, *Rec.*, p. 337.

¹⁰¹ CE, ord., 27 juillet 2001, *Ville d'Étampes*, *Rec.*, tab., p. 1101.

¹⁰² CAA Paris, 2 mars 2006, *Commune de Montrouge*, req. n° 03PA02781.

¹⁰³ CE, 28 mars 2003, *Association maison des jeunes et de la culture*, *Rec.*, tab., p. 934.

¹⁰⁴ Art. 29 de la loi n° 95-115 du 4 févr. 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, 5 févr. 1995, p. 1973 (version en vigueur jusqu'au 24 févr. 2005).

disposition avait pour conséquence d'intégrer ces conventions parmi les éléments du contrôle juridictionnel.

Cependant, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cet article. Il supposait bien *in fine* la vérification de la conformité d'une décision aux directives conventionnelles, mais on ne pouvait en déduire directement l'irrégularité de l'acte attaqué. Celle-ci restait conditionnée par l'existence ou non d'une étude d'impact. Voilà pourquoi une décision de réorganisation ou de suppression d'un service pouvait fort bien ne pas être conforme aux objectifs conventionnels sans pour autant être irrégulière dès lors qu'une étude l'avait précédée. Il ne s'agissait que d'une obligation procédurale : la satisfaction de cette formalité suffisait à établir la régularité de la décision attaquée. Peu importait le contenu de l'étude d'impact. Quoi qu'il en soit, le contrôle permis par la loi était en lui-même une hypothèse originale. Il semble toutefois qu'il resta sans application positive. De rares décisions s'y sont référées mais, à chaque fois, l'acte attaqué se trouvait en dehors du champ matériel de la loi pour diverses raisons¹⁰⁵. Selon toute vraisemblance, le juge n'a donc jamais pu opérer ledit contrôle. Le système aménagé par la loi n'en demeure pas moins pertinent pour envisager la méconnaissance des directives conventionnelles comme un moyen pour obtenir l'annulation d'un acte administratif.

824. Toutes les illustrations citées dans les développements précédents renvoient, peu ou prou, à la possibilité d'invoquer le non respect de stipulations. D'autres hypothèses peuvent néanmoins être envisagées parmi lesquelles celle qui consisterait à soulever une exception d'illégalité visant une convention d'administration. Une pareille situation peut sembler incongrue à maints égards. Notamment parce que la validité des conventions d'administration ne saurait, en principe, être contestée par voie d'action. L'exception d'illégalité perd dès lors sa fonction essentielle qui consiste à éviter qu'une irrégularité se perpétue malgré l'impossibilité d'obtenir l'annulation de l'acte à l'origine de celle-ci¹⁰⁶. Au demeurant, cette technique juridictionnelle sert avant tout à contester indirectement des actes unilatéraux. Elle ne correspond guère à la logique conventionnelle.

¹⁰⁵ V. sur l'absence de contrat de plan ou de service public, CE, 13 oct. 2006, Fédération nationale des associations d'usagers des transports, req. n° 271236 ; CAA Douai, 31 mars 2005, Réseau ferré de France c/ Fédération nationale des associations d'usagers des transports, Rec., tab., p. 704 ; v. sur l'absence de mesure de suppression ou de réorganisation du service, CE, 6 nov. 2000, Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes, Rec., p. 489 ; v. au sujet d'une décision du conseil d'administration d'un établissement public hospitalier, CAA Nantes, 26 juin 2003, Association ESPER, req. n° 98NT01876.

¹⁰⁶ V. not., R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008, pp. 69-698 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2010, p. 231.

Trois cas d'ouverture de l'exception d'illégalité incitent pourtant à examiner la possibilité qu'une irrégularité entachant une convention d'administration fonde un moyen à l'appui d'un recours. Tout d'abord, le Conseil d'État accepte de contrôler la régularité des directives *Crédit foncier de France* par voie d'exception¹⁰⁷. Et ce, alors même qu'il refuse de vérifier la légalité de ces actes d'orientation du pouvoir discrétionnaire par voie d'action¹⁰⁸. Ensuite, peuvent également faire l'objet d'un tel contrôle les mesures préparatoires¹⁰⁹. Enfin, les parties ou les tiers sont susceptibles en théorie d'exciper de l'illégalité d'un contrat auprès du juge, même si les évolutions jurisprudentielles donnent à penser que le juge sera désormais particulièrement vigilant dans l'usage de ce pouvoir¹¹⁰.

825. Au regard de ces jurisprudences, il semble possible de permettre à un requérant d'exciper de l'irrégularité d'une convention d'administration en soulevant l'un de ses *vices propres*. C'est-à-dire un moyen de légalité externe puisque, par définition, le contenu des conventions d'administration ne saurait donner lieu à l'exercice d'un quelconque contrôle. Le caractère directif des clauses exclut, en principe et en négligeant ici l'intervention du législateur, l'hypothèse qu'un vice d'illégalité interne puisse les affecter.

Une telle solution offrirait au juge des pouvoirs minimaux pour vérifier la validité de ces procédés conventionnels quant à leur forme, leur procédure et surtout aux règles de compétences. Il n'y aurait, en outre, aucune contradiction entre le refus d'examiner un recours à l'encontre d'actes non normatifs et la recevabilité d'un moyen contestant la régularité de ceux-ci. On pourrait même y percevoir une réelle logique car des exigences tenant à la légalité supposent de sanctionner les conséquences découlant des vices entachant les conventions d'administration. Si un contrôle n'est pas envisageable par voie d'action, il est donc au moins souhaitable d'autoriser le recours à l'exception d'illégalité. Fort logiquement, certains auteurs n'ont pas manqué de relever une telle éventualité¹¹¹. Il reste que les conditions po-

¹⁰⁷ CE, 18 oct. 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, *Rec.*, p. 338.

¹⁰⁸ V. outre la jurisprudence précédente, CE, 20 déc. 2000, *Conseil des industries française de défense*, *Rec.*, tab., p. 789.

¹⁰⁹ CE, 25 févr. 1998, *Commune d'Évreux et SCI du Bois-Jolet*, *Rec.*, tab., p. 696.

¹¹⁰ V. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., pp. 188-189.

¹¹¹ V. not., E. FATÔME et M.-J. REDOR, « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 110 : « le partenariat informel peut se trouver contrôlé par le biais du contentieux de la légalité des actes unilatéraux qui le mettent en œuvre. En effet, le juge administratif pourrait considérer le partenariat informel comme une sorte d'acte, de convention ou de phase préparatoire susceptible de contrôle à travers la décision à laquelle il aboutit, décision

sées par la jurisprudence sont de nature à limiter l'usage de l'exception d'illégalité au sujet des conventions d'administration. Cette technique joue uniquement, en effet, si la mesure attaquée est prise pour l'application de l'acte vicié ou si le second constitue la base légale de la première¹¹². Une chose est certaine : si le juge n'acceptait pas d'examiner les moyens fondés sur la méconnaissance des orientations conventionnelles, ou sur l'irrégularité externe des conventions d'administration, il affaiblirait l'utilité de ces actes juridiques.

826. En tout cas, admettre la recevabilité des moyens tirés de la méconnaissance des directives d'une convention d'administration n'aurait que des conséquences assez limitées. C'est là un argument supplémentaire au soutien de l'évolution souhaitée. Il résulte d'éléments de divers ordres. Premièrement, au vu de la pratique, il est probable qu'un tel moyen serait rarement avancé par les requérants. Deuxièmement, le juge conserverait une marge d'appréciation tout à fait considérable s'agissant du caractère opérant du moyen soulevé. En effet, il est possible, au moins en théorie, qu'un requérant cherche à se prévaloir des stipulations d'une convention d'administration qui n'influent en rien sur l'acte attaqué. Auquel cas le juge écarterait ledit moyen non au motif de son irrecevabilité mais de ce qu'il est inopérant. Troisièmement, quand bien même le moyen serait-il examiné, cela ne préjugerait nullement de l'issue de la demande. Le juge peut parfaitement écarter le moyen comme non fondé. Par exemple, il a déjà considéré qu'une personne publique ne pouvait recruter un agent privé en se prévalant des stipulations d'un contrat de plan pour se dispenser d'un examen circonstancié¹¹³. Quatrièmement, ce dernier aspect se trouve renforcé par la nature du contrôle exercé par le juge. Celui-ci pourrait se résumer à une vérification de la compatibilité entre les directives conventionnelles et l'acte attaqué. Il serait alors possible de rejeter plus aisément les prétentions du requérant : de nombreuses décisions pourraient s'avérer compatibles sans pour autant suivre exactement les objectifs énoncés dans la convention d'administration. Seules

qui devrait être annulée dès lors que la phase qui l'a précédée révèle la volonté des partenaires de fausser le respect des procédures habituellement requises et ainsi notamment d'évincer des tiers. On peut imaginer un contrôle similaire lorsque la coopération informelle débouche sur la conclusion d'un véritable contrat par la voie d'un recours contre la décision de signer ce contrat ou contre tout autre acte détachable ».

¹¹² CE Sect., 11 juill. 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire, Rec.*, (à paraître).

¹¹³ CE, 13 févr. 2006, *La Poste, Rec.*, tab., p. 988. Toute proportion gardée, une comparaison pourrait être faite ici avec le concept « d'acte-support » qui permet de déterminer si l'irrégularité qui affecte un acte détachable est susceptible d'entraîner l'annulation d'un contrat. V. not., J.-F. LAFIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009, pp. 168-171.

des incohérences évidentes seraient ici sanctionnées¹¹⁴. Le lien juridique entre l'acte d'orientation et la décision attaquée justifierait pleinement un contrôle de cette nature, lequel se retrouve notamment au sujet des méthodes de planification¹¹⁵. Cinquièmement et enfin, si un acte dérogeait à une directive conventionnelle, l'administration pourrait recourir à un motif d'intérêt général pour, le cas échéant, justifier ses choix. Cette exception vaut notamment pour les directives *Crédit foncier de France*¹¹⁶. Or aucun élément ne semble justifier qu'il en aille différemment pour les conventions d'administration. Toutes ces limites apportent des garanties s'agissant des conséquences qui découleraient de la recevabilité des moyens tirés de la méconnaissance des clauses conventionnelles. Cette faculté ne déploierait sans doute que de modestes conséquences pratiques. C'est une raison supplémentaire de souhaiter une adaptation de la jurisprudence sur ce point.

827. Conclusion de section. En l'état du droit positif, le contrôle opéré par le juge administratif ne dénote pas un traitement spécifique aux conventions d'administration. Soit ces actes sont soumis aux règles applicables aux contrats administratifs, soit ils sont simplement ignorés comme de pures déclarations d'intention. Au travers de ces assimilations, il n'est pas tenu compte des caractères attachés à ces procédés conventionnels. Aussi, à plusieurs égards, le régime appliqué aux conventions d'administration n'apparaît-il guère pertinent. Il semble en particulier que le fait d'admettre la recevabilité des recours visant directement de tels actes, comme les contrats de plan, est insatisfaisant. Cela conduit toujours à estimer *in fine* que les stipulations sont dépourvues de caractère impératif et à rejeter la demande. Dans cette mesure, il serait souhaitable de modifier la règle qui prévaut aujourd'hui : on pourrait ainsi considérer que tout recours dirigé contre une convention d'administration est irrecevable en assortissant ce principe de dérogations. Outre le déféré préfectoral, seraient nécessairement recevables les demandes portant sur des stipulations présentant un caractère impératif. Plus encore, le traitement des moyens

¹¹⁴ V. par ex., CE, 15 nov. 2006, *Syndicat mixte du parc naturel régional de la montagne de Reims*, DA, 2007, comm. 9, note P. Trouilly : « Considérant qu'il résulte des dispositions des articles L. 333-1 et R. 244-14 du code de l'environnement que la charte d'un parc naturel régional est un acte destiné à orienter l'action des pouvoirs publics dans un souci de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de développement économique et social, d'éducation et de formation du public sur le territoire du parc et à assurer la cohérence de cette action avec les objectifs qui y sont définis ; qu'il appartient ainsi aux différentes collectivités publiques intéressées de prendre les mesures et de mener les actions propres à assurer la réalisation des objectifs de cette charte et de mettre en œuvre les compétences qu'elles tiennent des différentes législations, dans toute la mesure où elles leur confèrent un pouvoir d'appréciation, dans un souci de cohérence qui est une condition de leur légalité » (nous soulignons).

¹¹⁵ V. not., CE, Rapport public, *L'eau et son droit*, EDCE, n° 61, 2010, pp. 85-86.

¹¹⁶ CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, Rec., p. 750.

se prévalant de clauses conventionnelles ne semble pas convaincant. Les décisions jurisprudentielles aboutissent, dans toutes les hypothèses, à ne pas examiner de tels arguments. Or cette solution néglige l'utilisation des conventions d'administration au sein de l'action publique. Elle ignore les effets d'orientation que ces actes emportent à l'endroit de nombreuses décisions. Sans remettre en cause l'irrecevabilité opposée aux moyens tirés de la méconnaissance de clauses contractuelles, il y aurait lieu de réserver un sort différent aux conventions d'administration. Permettre leur examen – même s'il ne s'agirait que d'un contrôle minime – est essentiel, à la fois sur un plan théorique et pratique, afin de ne pas faire perdre tout intérêt à ces procédés. D'autant que l'inexistence d'un contrôle juridictionnel se double d'une insuffisance des procédés alternatifs.

Section 2 : L'insuffisance des procédés alternatifs

828. La nature juridique des conventions d'administration ne signifie évidemment pas que toutes les difficultés rencontrées par les parties doivent se régler devant le juge. D'autres méthodes peuvent fort bien être mises en place. De la sorte, il pourrait être mieux tenu compte des spécificités touchant à ces actes. Et les carences observées dans l'action juridictionnelle seraient peut-être ainsi compensées. Voilà pourquoi il importe, plus encore que pour les contrats administratifs, de développer des processus visant à satisfaire les parties tout en leur permettant d'éviter une procédure juridictionnelle longue et coûteuse. Ceux-ci existent déjà à propos des conventions d'administration mais leur efficacité semble perfectible (Sous-section 1). En outre, au-delà du contentieux de la légalité, il convient de s'interroger sur la possibilité de mettre en jeu la responsabilité des parties. Cela permettrait de sanctionner certains comportements et surtout de verser une réparation financière à la personne ayant subi un préjudice (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'efficacité perfectible des méthodes para-juridictionnelles

829. Sans doute les signataires des conventions d'administration sont-ils pleinement conscients de la teneur non normative des clauses. Cette dernière rend la voie juridictionnelle inappropriée pour résoudre les éventuelles difficultés auxquelles peuvent être confrontées les parties. Dans cette mesure, on comprend que les conventions d'administration fassent rarement l'objet d'un contentieux devant le juge.

Les parties préfèrent résoudre leurs différends par des voies politiques ou administratives¹¹⁷. Et il n'est donc guère surprenant de trouver au sein de ces actes des références à un certain nombre de moyens para-juridictionnels¹¹⁸. Comptent parmi ceux-ci des méthodes de prévention des conflits (§1) et d'autres tenant à la résolution des conflits (§2). Parfois regroupés grâce à la notion de *régulation*¹¹⁹, l'ensemble de ces moyens doit faire l'objet d'une évaluation afin d'en montrer la pertinence relative et de proposer, le cas échéant, des évolutions.

§1. Les méthodes de prévention des conflits

830. Des procédures originales permettent de vérifier l'exécution des objectifs en tenant compte du caractère informel des conventions d'administration¹²⁰. Vraisemblablement, les parties instaurent de tels moyens afin d'asseoir la légitimité de la démarche conventionnelle et de prévenir la survenance d'un conflit. Leur finalité consiste ainsi à désamorcer les possibles différends entre les signataires, ce qui traduit une perception moins conflictuelle des rapports juridiques. Compte tenu de leur finalité, il s'agit bien de moyens « d'évitement du contentieux »¹²¹. Deux méthodes semblent caractériser en particulier les conventions d'administration. Il s'agit d'un phénomène d'institutionnalisation du contrôle relatif à l'exécution des stipulations (a), lequel se trouve complété par de simples méthodes d'évaluation dont l'efficacité semble aléatoire (b).

a) L'institutionnalisation du contrôle

831. Sans doute la volonté de prévenir la survenance d'un litige entre les parties n'est-elle pas spécifique aux conventions d'administration. La plupart des contrats comportent également des clauses qui procèdent de la même intention¹²².

¹¹⁷ J.-Cl. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 128.

¹¹⁸ V. not., CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 104.

¹¹⁹ J. CAILLOSSE, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA*, 2003, p. 883 : « la « régulation » s'entend conventionnellement d'un ensemble de mécanismes juridiques sur/avec lesquels les acteurs de l'administration peuvent jouer pour créer les conditions d'une action publique plus sereine et plus efficace ».

¹²⁰ Notons que ces développements ne portent pas de jugement sur la valeur de ces méthodes mais tentent d'en présenter les caractères. D'autres études évaluent leur pertinence, v. not., J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1653.

¹²¹ V. part., D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDCA*, 2000, n° 19-78.

¹²² V. par ex., N. CHAHID-NOURAI et R. LAZERGES, « La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », *AJDA*, 2009, p. 1927.

Néanmoins, le caractère directif des stipulations conventionnelles incite tout spécialement les parties à se prémunir contre le déclenchement d'un conflit. Car il leur sera d'autant plus difficile, une fois le différend cristallisé, de le régler par des voies juridictionnelles, administratives ou politiques. Il est donc impérieux pour les auteurs d'établir des méthodes permettant de veiller à la réalisation des directives conventionnelles.

Voilà pourquoi de nombreuses conventions d'administration prévoient le suivi de leur exécution par des entités *ad hoc*. Ces dernières prennent parfois la dénomination de « comité de pilotage »¹²³ et traduisent un phénomène d'institutionnalisation du suivi des conventions. Ce ne sont pas simplement les parties qui contrôlent, indépendamment et respectivement, l'accomplissement des engagements réciproques. Une pareille tâche est confiée à un organisme dédié à cette fonction. Plusieurs actes conventionnels fournissent des illustrations pertinentes à propos de cette méthode de prévention des conflits. En témoignent notamment les contrats locaux de sécurité, les contrats de paysages¹²⁴, les contrats de pays¹²⁵, ou bien encore les contrats d'objectifs et de performance¹²⁶. Cette pratique semble finalement « banale »¹²⁷ concernant ces procédés conventionnels. Aussi ne suscite-t-elle que de brefs développements liés aux différents degrés d'institutionnalisation et à la composition de ces entités.

832. En premier lieu, cette institutionnalisation prend des formes plus ou moins édulcorées. Il arrive qu'il s'agisse d'un cadre très informel et finalement assez artificiel. Les parties se rencontrent alors pour évaluer ensemble la réalisation des engagements relevant de chacun. Mais quelquefois la structure s'avère un peu plus précise. Ainsi le contrat local de sécurité de la commune de Nice prévoit-il deux sortes de formation, l'une plénière, l'autre restreinte, du Conseil local de sécurité et

¹²³ Circulaire du 20 nov. 1995 relative à la mise en œuvre et à l'évaluation des contrats de ville, *MTP*, 1^{er} déc. 1995, n° 4801, p. 244. V. sur l'apparition de ce procédé, F. LERIQUE, « Contractualisation et politiques territoriales : les politiques de la ville », in G. Marcou, F. Rangeon et J.-L. Thiébault, *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 143 et s.

¹²⁴ J.-M. PONTIER, « Les collectivités locales et le paysage », *RA*, 1995, p. 527.

¹²⁵ V. par ex., le rapport rendu par le « comité de suivi du contrat régional de pays » de la Beauce le 14 mars 2011 (document consulté sur le site www.paysdebeauce.com).

¹²⁶ V. par ex., l'art. 4 du contrat d'objectifs et de performance conclu entre l'État et l'Institut de veille sanitaire, le 18 janv. 2010, pour une période allant de 2009 à 2012 (document consulté sur le site www.invs.sante.fr) ; l'art. 4 du contrat d'objectifs et de performance conclu entre l'État et l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, le 16 oct. 2007, pour une période allant de 2007 à 2010 (document consulté sur le site www.afssaps.fr).

¹²⁷ J.-M. PONTIER, « Les contrats de plan État-région et l'aménagement du territoire », *AJDA*, 1989, p. 745.

de prévention de la délinquance qui est chargé de veiller à l'accomplissement des objectifs conventionnels¹²⁸. À cet égard, les contrats de projets État-région mettent en place des dispositifs à l'architecture singulièrement complexe. En attestait déjà, parmi d'autres, le dernier contrat de plan signé pour la région Nord-Pas de Calais. Celui-ci était assorti d'une « convention générale d'exécution, de suivi et d'évaluation » qui présentait, à l'aide d'un schéma, le fonctionnement général du contrôle opéré au sujet de la réalisation des objectifs conventionnels. On y trouvait plusieurs organes dont « un comité de suivi restreint », « un comité de pilotage de l'évaluation » et plusieurs groupes techniques¹²⁹. De même, les actuels contrats de projets bénéficient de structures de suivi sophistiquées. Pour ne prendre qu'une seule illustration, il est possible de se référer au contrat de projets de la région Bourgogne qui institue des comités techniques et régionaux auxquels peuvent s'ajouter des groupes de suivi par projet. Les systèmes élaborés par les parties sont, on le constate, assez variés. Leur complexité semble augmenter selon l'importance de la convention d'administration visée même si cette considération n'en exclut pas d'autres. Un encadrement simplifié suffira souvent pour les procédés dont la dimension est locale ; tandis que le phénomène d'institutionnalisation apparaîtra plus développé s'agissant des conventions dont les enjeux, notamment financiers, sont majeurs.

833. En second lieu, la composition de ces entités est fréquemment large. Elle inclut non seulement les parties mais aussi un nombre significatif de tiers qui présentent un intérêt à la réalisation des objectifs conventionnels. Par exemple, l'exécution du dernier contrat de plan de la région Nord-Pas de Calais était supervisée par un comité formé, hormis les représentants des parties, des présidents des conseils généraux et du conseil économique et social régional, ainsi que de plusieurs directeurs administratifs rattachés à l'État, la région ou aux départements concernés¹³⁰. Tel est également le cas du comité de suivi relatif à une convention pluriannuelle entre l'État et la Société nationale des chemins de fer signée le 13 décembre

¹²⁸ V. le contrat local de sécurité signé le 17 juill. 2009 pour une période de 3 ans (consulté sur le site : www.nice.fr). Un auteur indique à ce propos que « le comité de pilotage du CLS a un rôle stratégique d'orientation de la politique locale de sécurité. Pour ce faire, il sera destinataire d'un rapport annuel de suivi et d'évaluation qui lui permettra d'adapter les objectifs et les moyens du contrat », v. É. CHALUMEAU, « Les contrats locaux de sécurité », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, éd. CNFPT, colloque de tours, 27 et 28 janv. 1999, p. 179.

¹²⁹ V. l'art. 4 de la convention générale d'exécution, de suivi et d'évaluation attachée au contrat de plan signé le 21 juill. 2000 entre l'État et la région Nord-Pas de Calais pour la période de 2000-2006.

¹³⁰ V. *Ibid.*

2010¹³¹. Cet organisme se compose de dix-neuf membres dont des représentants de Réseau ferré de France, d'associations d'élus ou encore d'associations de consommateurs. De toute évidence, une telle pratique est sous-tendue par une finalité démocratique et sert à légitimer l'action conventionnelle. En conviant de nombreux tiers à suivre la réalisation des objectifs, les parties favorisent ainsi leur soutien aux différents projets. Toutefois, d'un point de vue strictement juridique, il n'est pas sûr que ces comités jouent un rôle prépondérant. Leur fonction peut se limiter à celui d'un organisme consultatif au sein duquel les parties exercent la direction des débats. C'est d'ailleurs là une exigence qui tient à la nature conventionnelle de l'action, les parties ne sauraient être dépouillées des prérogatives qui leur reviennent.

834. En définitive, la généralisation des comités de suivi paraît souhaitable dans la mesure où ces mécanismes favorisent le dialogue entre les parties et peuvent accorder un rôle à certains tiers intéressés. Sans doute par souci d'autonomie, quelques conventions préfèrent confier à l'un des partenaires la charge de surveiller l'exécution des engagements. Il en va ainsi s'agissant de contrats d'objectifs passés entre l'État et ses établissements publics. Par exemple, il incombe à l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail de suivre la réalisation des objectifs découlant de la convention que celle-ci a signée avec ses trois ministres de tutelle. Elle doit, à cet égard, en rendre compte annuellement à chacun d'entre eux¹³². Mais il n'en demeure pas moins que les conventions d'administration organisent fréquemment une forme institutionnalisée du suivi de l'exécution des stipulations. Cela présente divers intérêts, dont celui d'estomper l'éventuelle inégalité entre les parties, même si cette méthode n'exclut sûrement pas l'existence de rapports bilatéraux plus classiques entre les signataires de la convention. Soulignons au demeurant que si un comité de suivi peut établir un projet de révision d'une convention d'administration, il appartient en principe aux parties d'exprimer leur accord. C'est seulement lorsque leurs consentements sont exprimés que l'acte est modifié. Le

¹³¹ Convention pluriannuelle entre l'État et la Société nationale des chemins de fer sur les « trains d'équilibre du territoire », signée le 13 décembre 2010, pour une période de trois ans (document consulté sur le site www.developpement-durable.gouv.fr).

¹³² V. le contrat d'objectifs et de moyens signé le 16 avr. 2007 pour une période de 3 ans entre l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail et le ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, le ministre de la santé et des solidarités, le ministre de l'écologie et du développement durable, p. 43 (document consulté sur le site www.afssa.fr). V. pour une comparaison, l'annexe 2 du contrat de service public entre La Poste et l'État, 2008-2012 (document consulté sur le site www.laposte.fr). V. auparavant au sujet d'un contrat de plan entre l'État et Électricité de France, L. JOUDON, « Contrat de plan entre l'État et Électricité de France 1993-1996 », *CJEG*, 1993, p. 347 et s.

phénomène d'institutionnalisation existe bien néanmoins¹³³ et se trouve, la plupart du temps, complété par des systèmes plus ponctuels d'évaluation.

b) L'organisation d'évaluations

835. Au-delà de la constitution de comités, les conventions d'administration connaissent d'autres modes d'évaluation moins structurés¹³⁴. Ces processus sont de divers ordres mais concourent tous *in fine* à prévenir de possibles conflits entre les parties lors de l'exécution des objectifs conventionnels¹³⁵, comme au terme de celle-ci. Il est difficile d'en dresser une énumération exhaustive et, plus encore, de les présenter de façon ordonnée. Seule une approche téléologique justifie donc que ces modes d'évaluation soient regroupés dans les développements qui suivent. Tout au plus est-il possible de distinguer les systèmes selon qu'ils sont mis en œuvre par les parties ou par des personnes extérieures. Mais une telle présentation recouvre une valeur essentiellement descriptive.

836. Selon une périodicité variable, les conventions d'administration sont généralement soumises à une évaluation menée par les parties. Il est délicat d'en rendre compte de manière précise et satisfaisante puisque celle-ci peut s'exercer en dehors des stipulations conventionnelles. Certes, les clauses prévoient fréquemment que les parties doivent procéder à un examen, en comité ou non, portant sur la réalisation des objectifs. Illustrent par exemple cette pratique les contrats locaux de sécurité, pour lesquels une évaluation annuelle est recommandée¹³⁶, et les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens signés entre les agences régionales de santé et les établissements hospitaliers ainsi que le prévoit l'article D. 6114-8 du Code de la san-

¹³³ On peut cependant discuter de l'efficacité de ces méthodes. C'est là une question d'un autre ordre qui ne relève pas de l'analyse juridique, v. not., J.-M. PONTIER, « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, pp. 1653-1654.

¹³⁴ V. part., J. CHEVALLIER, « La science administrative et le paradigme de l'action publique », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 291 et s.

¹³⁵ J.-M. PONTIER, *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1998, p. 86 : « il est [...] important de prévoir un dispositif de nature à suivre l'exécution du contrat de plan et à pouvoir alerter les parties contractantes sur les obstacles rencontrés, les retards ou les difficultés d'exécution de certaines dispositions. Il n'existait, entre les collectivités territoriales, aucune procédure pouvant servir de référence en la matière. Les contrats de plan ont donc innové et inventé, pragmatiquement, des procédés de contrôle de l'exécution des contrats de plan ». Cette expérience a visiblement inspiré des mécanismes similaires prévus par d'autres conventions d'administration.

¹³⁶ V. la circulaire interministérielle du 4 déc. 2006 relative à la politique de prévention de la délinquance et à la préparation des contrats locaux de sécurité de nouvelle génération, p. 10 (document consulté sur le site www.i.ville.fr).

té publique¹³⁷. Mais les signataires sont susceptibles d'élaborer des études supplémentaires indépendamment de ce qui a été convenu. Cette faculté ne nuit nullement à l'accomplissement des exigences issues des stipulations conventionnelles. Elle apporte simplement des éléments complémentaires et traduit la liberté dont bénéficient les parties. Peuvent être évoqués à ce titre les contrôles effectués par les commissions des assemblées parlementaires dans le cadre d'auditions publiques. Ces examens sont notamment récurrents à propos des contrats d'objectifs et de moyens conclus entre l'État et les entreprises publiques. S'ajoute à cela l'hypothèse, encore rare, d'un contrôle exercé par des personnes extérieures qualifiées. Il peut en effet arriver que des organismes participent à l'évaluation des conventions d'administration, qu'ils établissent en quelque sorte un diagnostic de l'action publique. La mise en œuvre de tels contrôles comporte plusieurs avantages dont celui de faire appel à des tiers ce qui est, en théorie du moins, un gage d'indépendance. Pour l'heure, l'évaluation par des organismes tiers reste cependant marginale.

837. Un certain nombre d'outils sont mis à la disposition des parties pour qu'elles puissent mesurer, tantôt en commun, tantôt seules, le taux d'objectifs remplis. Il s'agit en particulier d'évaluer l'engagement des montants prévus par les stipulations conventionnelles. Parmi ces instruments de mesure, on compte notamment un logiciel dénommé *Présage* qui est fourni par les services de la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale. Celui-ci sert à l'évaluation des politiques publiques nationales et communautaires et concerne spécifiquement les contrats de projets, un nombre important d'entre eux y renvoie du reste explicitement¹³⁸. Son mécanisme consiste, pour en donner une perception simplifiée, à établir l'état d'avancement des objectifs et d'en permettre la redéfinition¹³⁹. De façon plus générale, les pouvoirs publics incitent les parties à adopter des

¹³⁷ Art. D. 6114-8 du Code de la santé publique : « La réalisation des objectifs et des engagements est évaluée en utilisant les indicateurs de suivi et de résultat prévus au contrat parmi les indicateurs fixés au plan national et les indicateurs mentionnés à l'article R. 6122-24. [...] L'évaluation de la réalisation des objectifs quantifiés prévus dans le contrat est conduite par le directeur général de l'agence régionale de santé conformément au calendrier prévu et au moins une fois par an. Les résultats de cette évaluation sont présentés dans un rapport annuel d'étape. Ce rapport annuel fait l'objet d'une réunion d'échanges entre l'agence régionale de santé et l'établissement de santé ou le titulaire d'autorisation, afin de mettre en place soit les actions correctrices nécessaires, soit les projets d'amélioration ».

¹³⁸ V. par ex., le contrat de projets signé le 5 févr. 2007 entre la région Auvergne et l'État pour la période 2007-2013, p. 40 ; le contrat de projets signé le 12 avril 2007 entre la région Bretagne et l'État pour la période 2007-2013, p. 64.

¹³⁹ V. not., sur cet aspect, la circulaire du Premier ministre du 25 avr. 2007 relative à la mise en œuvre des contrats de projets 2007-2013. Annexes relatives au dispositif de suivi et de gestion des contrats de projets et conventions interrégionales 2007-2013 (document consulté sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr).

« indicateurs de résultat précis et significatifs » dont l'utilisation peut être retranscrite dans un « tableau de bord »¹⁴⁰. Ces recommandations ne sont pas sans liens avec les méthodes déjà appliquées dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances¹⁴¹. Enfin, dans le même ordre d'idées, un auteur souligne à propos des contrats de pôles signés dans le domaine hospitalier qu'ils définissent « les objectifs d'activité, de qualité et financiers, les moyens et *les indicateurs de suivi des pôles*, les modalités de leur intéressement aux résultats de leur gestion, ainsi que les conséquences en cas d'inexécution du contrat »¹⁴². Tout ceci peut inspirer un sentiment dubitatif mais paraît significatif du contrôle administratif opéré sur les conventions d'administration. Ces pratiques procèdent d'un souci de modernisation de l'action publique supposant un examen critique régulier qui rejoint la révision générale des politiques publiques¹⁴³. Outre l'évaluation que permettent ces instruments, ces derniers ont bien vocation à prévenir la formation d'un conflit entre les parties.

838. Au vu de la diversité des moyens, il paraît difficile d'opérer une classification vraiment satisfaisante. Sans doute pourrait-on relever que les méthodes d'évaluation sont plus nombreuses et plus détaillées lorsque la convention d'administration emporte des enjeux financiers importants. Elles sont réduites à leur plus simple expression, voire inexistantes, s'agissant d'actions locales culturelles. Elles s'avèrent au contraire développées pour veiller à la bonne exécution des contrats de projets. Une telle appréciation ne semble cependant pas opératoire dans la mesure où elle apporte peu à la compréhension des conventions d'administration. En revanche, une remarque d'un autre ordre peut être faite à partir de l'observation de ces méthodes. Il est possible de souligner que les clauses prévoyant des systèmes

¹⁴⁰ V. la circulaire interministérielle du 4 déc. 2006 relative à la politique de prévention de la délinquance et à la préparation des contrats locaux de sécurité de nouvelle génération, pp. 10-11 (*Ibid.*). V. la circulaire du 12 avr. 2010 du ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer relative aux conventions d'utilité sociale des organismes d'habitations à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte et des unions d'économie sociale, p. 14. V. aussi, pour un examen critique des indicateurs utilisés au sujet des contrats de site, B. BRASSENS et autres, *Rapport sur les dispositifs de revitalisation territoriale, contrats de site, convention de revitalisation*, Inspection générale des affaires sociales, oct. 2006, pp. 44-45.

¹⁴¹ CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 230-232.

¹⁴² Cl. ESPER, « La nouvelle gouvernance hospitalière : une profonde réforme de l'hôpital public », *GP*, 10 juin 2006, doct., p. 1705 (nous soulignons). V. aussi, P. LIGNEAU, « Aux frontières du service public hospitalier : la nouvelle nébuleuse des structures de santé privées », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 498 et s.

¹⁴³ V. pour comp., le décret n° 2008-994 du 22 sept. 2008 relatif à la commission consultative d'évaluation des normes, *JORF*, 23 sept. 2008, p. 14677. Du reste, cette préoccupation n'est pas étrangère à la Commission européenne, v. not., la communication au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 20 nov. 2007, intitulé « Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle ».

d'évaluation ou un suivi institutionnalisé présentent en principe un caractère impératif. Contrairement aux autres stipulations des conventions d'administration, elles prescrivent aux parties un certain nombre de comportements. Cela révèle la mixité qui caractérise le contenu de ces actes. Il s'agit d'une exigence pratique tenant à la réalisation des objectifs et sans laquelle l'utilité même du procédé serait remise en question. Pour autant, la présence de telles clauses n'a pas pour conséquence de modifier la nature juridique des conventions d'administration. Elle traduit simplement le fait qu'il est parfois nécessaire de combiner, au sein d'un acte, des énoncés impératifs et directifs¹⁴⁴. Voilà pourquoi une présentation dépourvue de nuances ne paraîtrait pas admissible. Il est indispensable de tenir compte de plusieurs paramètres qui peuvent éloigner l'élaboration des conventions d'administration de sa représentation théorique. Les méthodes de résolution des conflits participent, en quelque sorte, à ce mouvement bien qu'elles soient exceptionnellement mentionnées dans les stipulations.

§2. Les méthodes de résolution des conflits

839. En dépit des méthodes tendant à prévenir la survenance de conflits, il arrive qu'un différend intervienne entre les parties. Dans cette hypothèse, il n'est guère envisageable de porter le contentieux devant le juge administratif. Une telle tentative serait, selon toute vraisemblance, vouée à l'échec au regard des règles de recevabilité. En outre, la solution juridictionnelle ne semble pas la plus appropriée s'agissant des conventions d'administration compte tenu de leur nature non normative¹⁴⁵. Ces actions requièrent sans doute des modes de règlement des différends, des « moyen(s) de sanction informel(s) »¹⁴⁶, faisant appel au dialogue. La recherche d'une décision de justice, quel que soit son contenu, ne correspond guère à la logique qui sous-tend les conventions d'administration. À partir de ce constat, il est possible d'envisager l'application d'autres méthodes, lesquelles retiennent de plus en plus l'attention de la doctrine¹⁴⁷. Pour autant, la plupart des modes alternatifs de règlement des différends paraissent inappropriés s'agissant des conventions d'administration (a). Il n'y a guère

¹⁴⁴ V. *supra*, n° 143-145.

¹⁴⁵ Cela s'ajoute à la nature conventionnelle qui suppose que les parties au litige ne sont pas étrangères l'une à l'autre et explique que le recours juridictionnel ne soit pas toujours la solution la plus appropriée, v. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., p. 299.

¹⁴⁶ M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 71.

¹⁴⁷ V. part., J. CAILLOSSE, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA*, 2003, p. 880.

que les procédures de conciliation qui semblent correspondre à ces actes non normatifs (b).

a) Des méthodes inappropriées

840. Les méthodes alternatives de résolution des litiges sont *a priori* adaptées à la nature particulière des conventions d'administration. En tout cas, elles apparaissent plus conformes à leur caractère assez informel en comparaison des contrats. Pourtant, l'absence de stipulations impératives constitue vraisemblablement un motif suffisant pour estimer que la plupart de ces moyens sont en pratique inappropriés.

841. Tout d'abord, le recours à la transaction ne paraît guère indiqué pour résoudre un différend relatif à une convention d'administration. Ce mode de règlement est défini par le Code civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »¹⁴⁸. Permettant d'éviter une saisine du juge¹⁴⁹, la transaction présente de nombreux avantages dont celui de la rapidité. Ainsi les personnes publiques ont-elles logiquement la faculté de transiger. Et il est même devenu habituel que le juge¹⁵⁰, les pouvoirs publics¹⁵¹ ou la doctrine¹⁵² encouragent l'utilisation de ce procédé.

Toutefois, l'utilité de la transaction pour régler les différends liés à un contrat administratif n'est pas transposable au sujet des conventions d'administration. Sans doute les parties disposent-elles également de la capacité juridique pour transiger dans cette hypothèse. Mais il est fort probable qu'elles ne trouvent guère d'intérêt à entamer une telle procédure. D'une part, cela s'explique par le fait que le risque d'un recours juridictionnel, et donc d'un procès long et coûteux, est presque nul à propos

¹⁴⁸ Art. 2044 du Code civil. V. aussi, sur la notion, D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDC*, 2000, n° 54-60.

¹⁴⁹ Sous réserve de la question de l'homologation, CE Ass., 11 juill. 2008, *Société Krupp Hazemag, Rec.*, p. 273.

¹⁵⁰ V. not., CE, Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction arbitrage en matière administrative, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993, pp. 51-81 ; CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, pp. 227-229.

¹⁵¹ V. not., la circulaire du 7 sept. 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *JORF*, 18 sept. 2009, p. 15230 ; la circulaire du 6 avr. 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JORF*, 8 avr. 2011, p. 6248.

¹⁵² V. en ce sens, J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1 ; G. CHARVRIER, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA*, 2000, p. 548 ; J. GOURDOU et Ph. TERNEYRE, « Les transactions administratives », *RJEP*, 2003, p. 543 ; L. RICHER, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997, p. 3.

des conventions d'administration. La transaction voit donc sa fonction d'évitement du juge amplement altérée¹⁵³. D'autre part, il n'est pas évident que les parties cherchent à résoudre un litige au moyen d'un instrument contraignant dans la mesure où leur relation se fonde elle-même sur un acte non normatif. On pourrait en effet juger paradoxal que des rapports simplement directifs donnent lieu à la passation d'un véritable contrat. Une préoccupation de sécurité juridique justifierait peut-être un tel choix. Toutefois, la transaction ne correspond guère, de ce point de vue, aux ambitions sur lesquelles reposent les conventions d'administration. Ainsi, on conçoit difficilement que les signataires d'un contrat local de sécurité, parce qu'un objectif aurait été méconnu, envisagent de transiger. D'ailleurs, il n'est jamais fait mention dans une convention d'administration de la possibilité de régler un différend au moyen d'une transaction. Cela dénote le faible attrait que présente ce dernier pour les parties. Si la transaction est théoriquement possible dans le cadre d'une convention d'administration, elle s'avère ainsi peu opportune. Cette appréciation vaut plus encore s'agissant du recours à un arbitre.

842. Les litiges auxquels peuvent donner lieu les conventions d'administration ne semblent pas non plus propices à un règlement par voie d'arbitrage. Ce mode juridictionnel de règlement des conflits attire l'attention de la doctrine depuis plusieurs années déjà¹⁵⁴. Et d'aucuns y perçoivent un moyen pertinent pour trancher certains différends¹⁵⁵.

Il n'en demeure pas moins que le recours à l'arbitrage est peu concevable à propos des conventions d'administration. Tout d'abord, malgré plusieurs exceptions et une probable évolution du droit positif dont les modalités demeurent à préciser¹⁵⁶, ce mode de règlement des conflits reste en principe interdit pour les per-

¹⁵³ V. sur le lien entre la transaction et le juge, CE, Avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, Rec., p. 433. V. auparavant sur le contrôle des actes d'approbations, CE, 29 déc. 1905, *Petit, Rec.*, p. 1011.

¹⁵⁴ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 943-964.

¹⁵⁵ V. par ex., P. DELVOLVÉ, « L'arbitrage en droit public français », in D. Renders, P. Delvolvé et Th. Tanquerel (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant/LGDJ, 2010, p. 189 ; D. FOUSSARD, « L'arbitrage en droit administratif », *Rev. arb.*, 1990, p. 3 ; Y. GAUDEMET, « L'arbitrage : aspects de droit public état de la question », *Rev. arb.*, 1992, pp. 255-257 ; Y. GAUDEMET, « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français », in *Les collectivités locales. Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 165 ; Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, 1997, p. 16 ; D. LABETOULLE, « Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 667 ; CE, *Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993, pp. 85-101.

¹⁵⁶ V. not., le rapport rédigé par le comité sous la présidence de M. Labetoulle, « l'arbitrage des litiges (contractuels) intéressant les personnes publiques », 27 mars 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 651 ; v. égal, la proposition

sonnes publiques. Rangée au nombre des principes généraux du droit par le Conseil d'État¹⁵⁷, cette prohibition a été par la suite consacrée par le Conseil constitutionnel au nombre des principes ayant valeur légale¹⁵⁸. Elle conduit à exclure tant l'insertion de clauses compromissoires dans les contrats publics que l'établissement d'un compromis d'arbitrage entre les parties. Or les conventions d'administration sont toujours signées par une ou plusieurs personnes publiques. On peut donc douter, pour ce premier motif, de l'éventualité d'un arbitrage concernant l'exécution de ces actes. Il s'agit d'une hypothèse guère envisageable quand bien même le droit positif serait appelé à évoluer.

Ensuite et surtout, la décision rendue par l'arbitre est revêtue de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁹ et peut théoriquement faire l'objet d'un recours auprès d'une juridiction étatique. En faisant usage de ce mode de règlement, les parties n'empêchent donc pas définitivement que le juge administratif puisse se prononcer sur le litige en cause. Dans cette mesure, on peut avoir des doutes sur l'opportunité de s'en remettre à un arbitre. Intégrée au système juridictionnel, la sentence arbitrale ne répond pas aux préoccupations exprimées par les parties à une convention d'administration. Celles-ci sont animées par le souci d'orienter leurs actions respectives par des instruments souples et non contraignants¹⁶⁰. Une telle ambition devrait valoir également, le cas échéant, pour la résolution des différends. Enfin, un dernier argument incite à écarter la possibilité d'un procès arbitral portant sur de tels actes conventionnels. Il n'est pas certain que la justice soit mieux rendue par un arbitre

de loi sur l'arbitrage des différends impliquant des personnes publiques présentée par le député P. Clément et enregistrée sous le n° 2887, le 19 oct. 2010 ; v. sur ce point, A. COURRÈGES et C. VÉROT, « L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des sceaux », *RFDA*, 2007, p. 489 ; D. LABETOULLE, « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP A*, 2007, 2093 ; Ph. TERNEYRE, « L'arbitrage des litiges contractuels intéressant les personnes publiques », *BJCP*, 2007, p. 170 ; S. LEMAIRE, Ch. JARROSSON, L. RICHER, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA*, 2008, p. 617 ; Ph. TERNEYRE et C. VÉROT, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », *AJDA*, 2008, p. 905 ; V. aussi, sur l'évolution générale du droit, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008, pp. 267-276.

¹⁵⁷ CE, Avis, 6 mars 1986, *GACE*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1986, n° 12, p. 161, note D. Labetoulle.

¹⁵⁸ CC, 2 déc. 2004, *Loi de simplification du droit*, 2004-506 DC, *Rec.*, p. 211.

¹⁵⁹ D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDC A*, 2000, n° 77-78 ; L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », *RDC A*, 2001, n° 91 et s. v. sur d'autres formes d'arbitrages administratifs, R. DENOIX DE SAINT MARC, « L'arbitrage interministériel », *APD*, 2009, p. 57-63.

¹⁶⁰ V. cependant, le rapport rédigé par le comité, D. LABETOULLE, « L'arbitrage des litiges (contractuels) intéressant les personnes publiques », 27 mars 2007, *BJCP*, 2007, p. 174 : le rapport n'exclut pas du champ d'application de la réforme proposée les « contrats passés entre plusieurs personnes morales de droit public, notamment ceux relatifs à l'organisation du service public, à la mise en œuvre des lois de décentralisation ou à la coopération entre collectivités publiques ».

qu'elle ne l'est par le juge. Toutefois, compte tenu de son caractère subjectif, ce jugement de valeur ne saurait constituer un empêchement dirimant. En tout cas, à l'instar de la transaction, l'arbitrage apparaît comme une méthode inappropriée pour la résolution des différends tenant à l'exécution d'une convention d'administration. D'autres modes, plus souples ceux-là, semblent par contre efficaces afin de parvenir à une solution acceptable pour les parties.

b) Des méthodes efficaces

843. Les méthodes de règlement des différends doivent tenir compte de la nature spécifique des conventions d'administration. En particulier, elles ne peuvent négliger le caractère directif de leurs stipulations et l'aspect interne des relations qui se nouent entre entités publiques. Cela justifie que, au sein des modes constituant des alternatives à la saisine d'une juridiction étatique, seules la médiation et la conciliation paraissent correspondre aux attentes des parties. Proches quant à leur fonctionnement, ces deux procédés sont fréquemment analysés ensemble. Et, de fait, il n'est pas toujours aisé de les distinguer rigoureusement. Ainsi que le souligne M. Richer, « la définition de la conciliation et ses rapports avec la médiation ne sont pas sans faire l'objet de divergences doctrinales »¹⁶¹. Cet auteur précise néanmoins que lorsqu'un tiers intervient, « on considère en général que le conciliateur se transforme en médiateur dès lors qu'il ne se contente pas de rapprocher les parties, mais propose une solution »¹⁶². Pour les besoins de cette étude, une telle distinction sera retenue bien que la séparation entre ces deux méthodes soit loin d'être nette, l'une étant une variante de l'autre¹⁶³.

844. En premier lieu, la conciliation peut conduire les signataires d'une convention d'administration à des solutions tout à fait convenables. Pour certains auteurs, elle est même « le mode pacifique par excellence du règlement des conflits,

¹⁶¹ L. RICHER, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997, p. 6.

¹⁶² *Ibid.*, p. 6. V. part., Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 198, 1987, pp. 176-177 : « si la conciliation se fait grâce à un tiers, ce tiers peut soit par sa seule présence et ses conseils amener les parties à se concilier, soit prendre une part plus active dans la recherche d'une solution et préparer un projet de conciliation, faire des recommandations. Dans cette dernière hypothèse, le tiers conciliateur prend le nom de *médiateur* » (souligné dans le texte).

¹⁶³ Cela justifie que la conciliation et la médiation soient parfois étudiées au sein de développements communs, v. not., CE, *Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993, pp. 39-48 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 927 et s. ; L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », *RDCA*, 2001, n° 18 et s.

c'est le degré de justice le plus élaboré car les deux parties s'estiment satisfaites »¹⁶⁴. Il est vrai qu'elle permet l'établissement d'un dialogue pouvant s'avérer fécond. De sorte que la conciliation se différencie des méthodes juridictionnelles et constitue, d'une certaine manière, un prolongement des relations conventionnelles. La solution n'est en effet ni imposée par un tiers ni revêtue de l'autorité de chose jugée. Elle résulte d'un rapprochement entre les parties lesquelles participent concrètement à la résolution du litige¹⁶⁵. Pour ce motif, la conciliation se distingue sans ambiguïté des modes classiques, c'est-à-dire étatiques, de règlement des litiges. Et on comprend que les conventions d'administration puissent trouver dans cette procédure souple un moyen pertinent pour résoudre d'éventuels conflits entre les parties¹⁶⁶.

Toutefois, les stipulations conventionnelles ne prévoient jamais de conciliation, facultative ou obligatoire, en cas de litige. Il en va ainsi en particulier pour les contrats de projets. Une telle carence a de quoi surprendre mais se justifie de plusieurs façons. D'une part, les conventions d'administration comportent des systèmes assez perfectionnés de prévention des conflits. Elles se situent dès lors dans une optique d'évitement des contentieux qui ne favorise guère l'inclusion de clauses régissant le règlement des différends. Pour preuve, si des contrats de projets énoncent la possibilité de déposer une requête auprès du tribunal administratif territorialement compétent¹⁶⁷, d'autres sont silencieux sur la question¹⁶⁸. D'autre part, la conciliation demeure un mode encore peu habituel, mais aussi peu formalisé, en droit administratif. Cela ne signifie nullement qu'elle y est inutile ou absente. Il arrive qu'une clause contractuelle organise une procédure de conciliation pour résoudre les contestations et, en ce cas, le juge ne manque pas de lui faire déployer l'intégralité de ses effets¹⁶⁹. On peut néanmoins concevoir que les parties n'y songent pas automati-

¹⁶⁴ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, th., LGDJ, coll. « BDPt », t. 198, 1987, pp. 176.

¹⁶⁵ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, p. 927 et s. ; G. MARCOU, « La coopération contractuelle, la ville et le droit », in G. Marcou, F. Rangeon et J.-L. Thiébault (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 114.

¹⁶⁶ V. sur l'intérêt et les mises en œuvre de cette méthode, D. de BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contentieux des contrats », *RDC*, 2000, n° 43-53.

¹⁶⁷ V. par ex., le contrat de projets signé le 12 avril 2007 entre la région Bretagne et l'État pour la période 2007-2013, p. 63.

¹⁶⁸ V. par ex., le contrat de projets signé le 5 févr. 2007 entre la région Auvergne et l'État pour la période 2007-2013 ; le contrat de projets signé le 23 mars 2007 entre l'État et la région Ile-de-France pour la période 2007-2013.

¹⁶⁹ V. part., CE, 28 janv. 2011, *Département des Alpes-Maritimes c/ Société Cicom Organisation*, *Rec.*, tab., (à paraître). V. aussi, pour une décision ne faisant pas application d'une clause de conciliation ayant pour effet d'accroître les pouvoirs réglementaires du juge, CAA Marseille, 28 déc. 2000, *Société Transmontagne*, *Rec.*, p. 718.

quement tant la justice étatique occupe un rôle prépondérant. La conciliation demeure malgré tout une méthode prometteuse en ce qu'elle constitue une alternative viable au juge¹⁷⁰.

845. En second lieu, la médiation est susceptible de permettre la résolution d'un différend entre les parties. Il n'est guère utile d'insister longuement sur ce point puisque cette méthode diffère assez peu de la conciliation. Les avantages relevés précédemment sont ainsi, pour la plupart, transposables à la médiation. Ce mode de règlement des conflits s'avère en particulier efficace s'agissant des actions liées à l'« économie contractuelle »¹⁷¹. Il répond à plusieurs impératifs liés à la vie des affaires parmi lesquels on compte la célérité de la résolution et l'instauration d'un dialogue entre les parties. Ces caractéristiques justifient en outre que la médiation soit utilisée en dehors d'un strict cadre conventionnel. En ce sens, les signataires d'une charte des thèses peuvent quelquefois recourir à un médiateur en la personne du président de l'Université¹⁷². Cela n'exclut pas, bien entendu, la possibilité qu'un recours juridictionnel soit formé en cas d'échec de la procédure amiable. La médiation est dès lors une méthode de résolution des conflits qui ne pallie pas l'impossibilité de saisir le juge. Les deux procédures peuvent se suivre dans le temps. Au demeurant, le rapprochement entre ces modes de règlement des litiges peut être étendu aux raisonnements employés. Puisqu'une solution est proposée par un tiers dans chacune de ces situations, il est tout à fait compréhensible que certains systèmes d'analyse du juge puissent inspirer le médiateur¹⁷³. Ils ne sont évidemment pas transposés dans leur ensemble. Seulement, la jurisprudence peut fournir une « grille de lecture »¹⁷⁴ pour le règlement des litiges tenant à l'exécution d'une convention d'administration.

846. L'étude des conventions d'administration donne ainsi l'occasion de plaider pour l'utilisation plus régulière de modes extra-juridictionnels. Une évolution lente et progressive semble tendre vers un développement de ces méthodes au sein

¹⁷⁰ Notons que, dans certaines hypothèses, le juge occupe un rôle prépondérant pour concilier les parties, v. CE, *Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction arbitrage en matière administrative*, La documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993, pp. 42-48.

¹⁷¹ V. not., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Le régime conventionnel des prix : engagements de stabilité et contrats de programme », *AJDA*, 1967, p. 590.

¹⁷² CE, 21 déc. 2001, *Perbal*, *Rec.*, p. 666.

¹⁷³ V. part., sur le raisonnement finaliste, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 108, 1972, pp. 68-70.

¹⁷⁴ J. CAILLOSSE, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration », *AJDA*, 2003, p. 882.

des relations administratives. Sans doute demeurent-elles encore assez inhabituelles dans l'action publique mais on peut gager qu'elles revêtiront une place significative au cours des prochaines décennies. S'agissant des conventions d'administration, il est en tout cas possible de souhaiter l'organisation par les clauses elles-mêmes de procédures de conciliation et de médiation entre les parties. Au surplus, rien n'empêche d'envisager une réelle institutionnalisation du règlement amiable comparable à celle que connaissent les marchés publics¹⁷⁵.

Une telle proposition peut sembler excessive compte tenu des effets modestes générés par les conventions d'administration mais elle est, en théorie du moins, admissible. Nul ne pourrait contester que de telles entités complèteraient avantageusement l'action des comités de suivi. Dans toutes ces hypothèses, la mise en œuvre de ces méthodes requiert quoi qu'il en soit un minimum de formalisme. Cela n'est pas incompatible avec la nature des conventions d'administration et pourrait aboutir à améliorer l'effectivité de ces instruments juridiques. Au demeurant, la conciliation, comme la médiation, ne touche nullement aux possibilités de recours juridictionnels bien que ces dernières soient très circonscrites. Elles n'excluent pas notamment que l'une des parties forme une action en responsabilité mais, à ce sujet, des précisions doivent être formulées.

Sous-section 2 : La reconnaissance progressive d'une responsabilité conventionnelle

847. Pouvoir mettre en jeu la responsabilité des parties constitue une solution palliant l'impossibilité d'obtenir l'annulation juridictionnelle des conventions d'administration¹⁷⁶. Cette faculté devrait ainsi compléter les moyens dont disposent les signataires pour mettre fin à un différend, elle serait à cet égard particulièrement utile. Toutefois, la reconnaissance d'une responsabilité conventionnelle n'est pas sans soulever des difficultés théoriques et pratiques. La nature simplement directive des stipulations conventionnelles suggère, là encore, d'emprunter un raisonnement distinct de celui qui vaut pour les contrats. S'il est envisageable de s'inspirer des mécanismes appliqués aux actes contractuels, tout laisse à penser que ceux-ci ne jouent

¹⁷⁵ V. not., L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 2010, 7^{ème} éd., pp. 302-305. V. égal., P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des « marchés publics » ? », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 238. V. pour une analyse du système antérieur, A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1984, t. 2, pp. 932-942.

¹⁷⁶ V. not., dans le domaine économique, J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 156.

pas à l'endroit des conventions d'administration sans quelques aménagements. À côté de la responsabilité contractuelle, la responsabilité conventionnelle reste de ce point de vue encore à construire. En toute hypothèse, la responsabilité des personnes publiques peut au moins être engagée sur un terrain extra-conventionnel (§1). Mais une solution plus satisfaisante consisterait à ce que les parties puissent également espérer une indemnisation sur le fondement conventionnel (§2).

§1. La possible responsabilité extra-conventionnelle

848. Divers mécanismes permettent aux *parties* d'obtenir une indemnisation alors même qu'aucune convention n'a été valablement passée. Selon les circonstances, il est possible de fonder une telle demande de deux manières. Soit sur la base quasi-délictuelle, si une faute a été commise lors des promesses faites par l'administration ; soit sur la base quasi-contractuelle, si un quelconque profit a été tiré hors de la conclusion régulière d'un contrat.

S'agissant des conventions d'administration, la première de ces hypothèses semble la plus prometteuse. Il peut certes arriver que la théorie des quasi-contrats trouve à s'appliquer entre les parties. Cela est toutefois peu probable compte tenu des implications attachées à cette théorie telles qu'elles ressortent de la définition fournie par le Code civil. Aux termes de son article 1371, « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un *engagement* quelconque envers un tiers, et quelquefois un *engagement réciproque* des deux parties »¹⁷⁷. Ce texte est généralement interprété par la doctrine comme attachant à un comportement donné la création d'une obligation juridique¹⁷⁸. Or les conventions d'administration n'ont justement pas pour objet de faire naître un lien de cette nature entre les signataires. On peut ainsi douter qu'un simple fait, volontaire de surcroît, puisse intervenir et qu'il en résulte une obligation juridique. Pour cette raison, les développements suivants seront limités à l'étude de la responsabilité quasi-délictuelle.

849. Appliquée en droit administratif avec une certaine régularité, la responsabilité quasi-délictuelle consiste à réparer le dommage causé par une entité administrative « non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »¹⁷⁹. Au vu de son principe, il est possible d'envisager le recours à cette voie de droit dans le cadre de la formation des conventions d'administration. Lors-

¹⁷⁷ Art. 1371 du Code civil (nous soulignons).

¹⁷⁸ V. surtout, F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, coll. « Droit public », 1995.

¹⁷⁹ Art. 1383 du Code civil.

que ces actes n'ont pas été valablement conclus, on ne saurait évidemment se prévaloir de leurs clauses. Dans ce cas, une partie est uniquement susceptible de percevoir une indemnisation, compensant un préjudice à prouver, si elle parvient à engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'autre partie. Sont en particulier concernées ici les promesses non tenues par les personnes publiques tant en raison de la mauvaise volonté de ces dernières que de l'illégalité des engagements pris¹⁸⁰. Ainsi que le notait André de Laubadère, « en matière d'économie dirigée, l'administration, dans bien des cas, en est réduite à faire aux administrés sur lesquels elle cherche à exercer certaines incitations, des promesses susceptibles de donner lieu, si elles ne sont pas respectées, à une responsabilité quasi-délictuelle mais qui ne peuvent constituer des stipulations d'un véritable contrat »¹⁸¹.

Dans le même ordre d'idées, rien n'interdit d'assimiler les objectifs contenus dans les clauses conventionnelles à des engagements plus politiques que juridiques mais dont la méconnaissance est au moins susceptible d'entraîner la responsabilité quasi-délictuelle de leurs auteurs¹⁸². L'approche est alors extra-conventionnelle puisqu'elle se borne à évaluer la portée matérielle des directives. À cet égard, le concept de promesse non-tenue doit être distingué de celui de promesse de contrat, parfois désigné par le terme plus évocateur *d'avant-contrat*¹⁸³. Il ne s'agit pas ici de sanctionner un engagement de signer un contrat dont l'auteur n'aurait pas respecté les termes. On vise, hors d'une situation contractuelle, les faits ou les actes de l'administration qui font naître, de façon légitime, le sentiment d'un engagement quelconque sur des faits ou des actes à venir.

¹⁸⁰ V. not., J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 156 et s. V. dans le même ordre d'idées, s'agissant des recommandations, Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, p. 654 : « on peut imaginer que l'action informelle de l'administration, en tant que conseil ou recommandation, soit saisie comme un fait, et que ce fait puisse engager la responsabilité de l'administration dans les conditions habituelles de la responsabilité quasi-délictuelle [...]. À ce jour, la jurisprudence donne peu d'exemples de tels recours indemnitaires du fait d'actions informelles de l'administration. Mais, sur le plan théorique, ils sont disponibles ; et, sous cette forme, le contrôle juridictionnel peut s'exercer sur ce type d'actions des administrations ».

¹⁸¹ A. de LAUBADÈRE, « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1968, p. 465.

¹⁸² V. comp., F. BATAILLER, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 385 ; L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français*, th. Nice, 1979, p. 419 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Le régime conventionnel des prix : engagements de stabilité et contrats de programme », *AJDA*, 1967, p. 589. La sanction est bien ici de nature juridique et doit être rigoureusement distinguée des éventuelles contraintes d'ordre moral, v. not., B. DELAUNAY, « Chartes usagers et engagements de qualité dans le secteur public en France », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000, p. 161.

¹⁸³ V. not., A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 509-511.

850. Afin de mesurer l'intérêt de la responsabilité quasi-délictuelle au sujet des conventions d'administration, il est utile de mentionner plusieurs de ses applications jurisprudentielles. Dans un arrêt *Société des Huileries de Chauny*, le Conseil d'État a ainsi jugé qu'en donnant à des industriels « des assurances qui n'ont été et ne pouvaient légalement être suivies d'effet, le Ministre et le Haut-commissaire [ont] commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État dans la mesure du préjudice qui a pu en résulter »¹⁸⁴. Le juge a rendu, par la suite, une décision similaire sur la demande d'un agent auquel l'administration avait promis de prendre en charge les frais de logement¹⁸⁵. Dans un autre domaine, la Haute Assemblée s'est prononcée sur des promesses faites à une société au sujet d'une concession d'aménagement d'une station de sport d'hivers¹⁸⁶. Enfin et surtout, il est déjà arrivé qu'un requérant se prévale de promesses non-tenues alors même que celles-ci étaient attachées à un contrat particulier de plan¹⁸⁷, ou à d'autres conventions¹⁸⁸.

Toutes ces illustrations rendent compte de l'utilité de la responsabilité quasi-délictuelle dans un processus conventionnel inabouti. Il est évident toutefois que l'identification de la faute de l'administration répond à diverses exigences. Outre la preuve de l'existence d'une promesse¹⁸⁹, il appartient au requérant de montrer en quoi il résulte de celle-ci un « engagement formel et précis tendant à la réalisation du projet »¹⁹⁰. N'importe quelle déclaration ne saurait ainsi donner lieu à une action en responsabilité. Seuls des engagements suffisamment fermes pourront, le cas échéant, laisser espérer une indemnisation établie par le juge¹⁹¹. Encore faut-il montrer en

¹⁸⁴ CE Sect., 24 avr. 1964, *Société des Huileries de Chauny*, Rec., p. 245.

¹⁸⁵ CE, 12 févr. 1990, *Secrétaire d'État auprès du Ministre de l'industrie, des PTT, et du tourisme, chargé des PTT c/ Clouet*, Rec., tab., p. 970.

¹⁸⁶ CE, 5 déc. 1994, *Société de construction, d'aménagement et de développement de Chabrières*, req. n° 115528.

¹⁸⁷ CAA Nancy, 19 nov. 1998, *Centre d'étude des systèmes de communication*, req. n° 95NC01349.

¹⁸⁸ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, Rec., p. 534.

¹⁸⁹ CE, 25 avr. 1986, *Commune des Ulis*, req. n° 46771 ; CE, 4 mars 1992, *Amédé*, Rec., tab., p. 1051 ; CE, 16 nov. 2006, *M. A.*, req. n° 262913.

¹⁹⁰ V. pour une présentation de l'appréciation du juge, B. STIRN, concl. sur l'arrêt CE, 17 mars 1989, *SARL Sodevam*, *AJDA*, 1989, p. 473. V. quelques illustrations jurisprudentielles, CE, 15 nov. 2000, *Département du Haut-Rhin*, Rec., tab., p. 1224 ; CE, 22 févr. 2008, *Syndicat mixte central de traitement des ordures ménagères de l'agglomération parisienne*, Rec., p. 64. V. impl., CE, 16 juin 1997, *Société arboricole et fruitière de l'Agenais*, Rec., p. 238. V. aussi, J.-P. WAUQUIEZ, « Les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion de la fonction publique », *La gazette des communes*, 1^{er} juill. 2002, pp. 63-65.

¹⁹¹ CE, 19 mai 1993, *Commune de Beauval*, Rec., p. 936.

quoi lesdites promesses n'ont pas été, ou ne pouvaient être, respectées¹⁹². Tout ceci vaut sans conteste pour les conventions d'administration. À l'instar des contrats, on peut notamment envisager l'engagement de la responsabilité de la puissance publique dans l'hypothèse où une autorité administrative, qui n'aurait pas été dûment autorisée à signer une convention, effectue des promesses qu'elle n'a pas honorées. Bien que l'acte ne soit pas valable, la personne publique pourrait être déclarée responsable à la condition bien sûr de démontrer le préjudice subi, ce qui est loin d'être évident en l'espèce.

851. Pour assurer son propre crédit, toute personne publique a de toute évidence intérêt à se comporter en « honnête homme et [...] tenir ses promesses »¹⁹³. Seulement, cette perception générale ne traduit guère les multiples difficultés auxquelles sont confrontées les autorités administratives. Il peut exister une différence significative entre les orientations prévues par une convention d'administration et leur réalisation. Cela ne résulte pas toujours du manque de loyauté de ceux qui se sont engagés mais peut être la conséquence d'un changement de contexte politique ou économique. Aussi ne faut-il pas apprécier trop sévèrement les éventuels décalages entre ce qui a été convenu et ce qui est réalisé. Pour autant, il serait logique de soumettre les mécanismes d'orientation des actions publiques à un contrôle minimal au moyen de la responsabilité quasi-délictuelle. Comme il le fait déjà en certaines circonstances, le juge aurait à établir l'existence des promesses et à adapter son examen s'agissant du manquement de l'administration. Le principal avantage de cette voie de droit tient à ce qu'elle ne nécessite pas la consécration d'un concept similaire à celui de convention d'administration. Dans l'hypothèse inverse, un autre fondement devrait en principe l'emporter.

§2. L'hypothétique responsabilité conventionnelle

852. Si le droit administratif de la responsabilité contractuelle ne dispose pas de son arrêt *Blanco*, nul ne saurait toutefois contester la possibilité pour l'une des parties d'engager la responsabilité de son cocontractant si ce dernier a manqué à ses obligations. Cette faculté est unanimement reconnue par les auteurs, et ce depuis

¹⁹² O. FICKLER-DESPRES, « Les promesses de l'administration », *JCP G*, 1998, doct., 104. V. égal., en droit international, J.-P. JACQUÉ, « À propos de la promesse unilatérale », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 342.

¹⁹³ J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, rééd. Panthéon-Assas, 2004, p. 765.

fort longtemps¹⁹⁴. Voilà pourquoi les études doctrinales consistent surtout à comparer le régime auquel sont soumis les contrats administratifs à celui qui s'applique aux contrats privés. C'est notamment à partir de ces analyses qu'a été mise en exergue l'existence d'une théorie générale de la responsabilité administrative contractuelle¹⁹⁵. L'un de ses particularismes tient dans le fait générateur qui ne constitue pas toujours une faute. Tel est le cas lorsque le préjudice est causé par l'exercice régulier de prérogatives de puissance publique¹⁹⁶.

Les conventions d'administration soulèvent, quant à elles, des difficultés d'un autre ordre. Il n'est pas certain, en effet, que les parties puissent fonder une demande indemnitaire sur un manquement aux engagements conventionnels. Avant même de s'interroger sur les modalités d'une telle responsabilité, il faut donc s'assurer qu'elle soit théoriquement envisageable. Cela suppose d'évaluer les implications touchant à la nature directive des stipulations : en l'absence d'obligation peut-il exister un manquement, constitutif d'une faute, d'un point de vue juridique ? On peut répondre à cette question par l'affirmative. Intuitivement, le caractère directif des clauses n'affecte guère la possibilité d'engager la responsabilité d'une partie. Il semble par contre intervenir comme un élément susceptible de restreindre les hypothèses de mise en œuvre de cette responsabilité.

853. Compte tenu de leurs spécificités matérielles, les conventions d'administration paraissent exclure *a priori* la possibilité qu'une partie engage une action en responsabilité fondée sur la méconnaissance des clauses. Plusieurs auteurs ont manifesté leur opposition, ou exprimé leurs doutes, au sujet des demandes de ce type. En ce sens, Guy Braibant écrivait : « votre jurisprudence conduit à distinguer trois hypothèses : *la responsabilité de l'administration* est totale dans le cas d'assurances ou d'engagements, formels, précis et apparemment réguliers ; elle est *partielle, dans le cas où la victime a fait preuve d'imprudence en se fiant à des assurances ou à des engagements entachés d'imprécision* et d'illégalité ; elle est *nulle, si l'administration s'est bornée à exprimer une intention ou à donner aux intéressés de simples encouragements*, ou leur rappeler une réglemen-

¹⁹⁴ Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, p. 7 et s.

¹⁹⁵ V. not., *ibid.*

¹⁹⁶ V. part., A. de LAUBADÈRE, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 390-394 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 761-763 ; Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 141-166.

tation sans leur faire aucune promesse »¹⁹⁷. Cette affirmation n'est pas pleinement convaincante dans la mesure où elle compare des situations très différentes. En effet, les deux premières propositions renvoient aux correctifs permettant d'atténuer la responsabilité de l'administration, tandis que la dernière rend compte d'un cas dans lequel la responsabilité de l'administration ne peut être engagée.

Malgré tout, l'opinion exprimée est révélatrice des réticences traditionnelles du juge à reconnaître un quelconque effet juridique aux énoncés non impératifs. Celles-ci se retrouvent au sein des décisions juridictionnelles contemporaines. Ainsi que le note M^{me} Nicinski, « le Conseil d'État a [...] affiné sa jurisprudence en effectuant une distinction entre les stipulations des contrats ne constituant que de simples objectifs dont la méconnaissance n'entraîne pas l'engagement de la responsabilité de l'État et les stipulations matérialisant de véritables engagements contractuels »¹⁹⁸. Une telle différenciation transparaît d'un certain nombre d'arrêtés. Parmi ceux-ci, mentionnons surtout l'arrêt *Ministre de l'écologie et du développement durable*¹⁹⁹ dans lequel le Conseil d'État a examiné le bien-fondé d'un recours en responsabilité reposant sur les clauses d'un protocole d'accord et d'une charte au motif que ces actes pouvaient être qualifiés de contrats. Cette jurisprudence suggère *a contrario* que les conventions ne comportant que des stipulations directives ne sauraient donner lieu à une action en responsabilité. Seuls des actes contenant des obligations pour les parties permettent une demande de cet ordre, ceux ne comportant que des recommandations appellent des sanctions plus douces²⁰⁰.

854. Bien que légitime, l'approche retenue par le juge est susceptible d'être discutée. Deux arguments principaux pourraient même inciter le Conseil d'État à faire évoluer sa jurisprudence. L'acte conventionnel, et ce peu importe la teneur de ses stipulations, est tout d'abord revêtu de la force obligatoire que lui confère le droit positif²⁰¹. Il s'ensuit que les parties sont en principe tenues de respecter les engagements prévus par les stipulations, à la différence de plans unilatéraux soumis à

¹⁹⁷ G. BRAIBANT, concl. sur l'arrêt CE Sect., 24 avr. 1964, *Société des Huileries de Chauny, Rec.*, pp. 251-252 (nous soulignons). V. pour une présentation plus nuancée, J. DELMAS-MARSALET, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, pp. 158-159.

¹⁹⁸ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2009, p. 152.

¹⁹⁹ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable, Rec.*, tab., p. 628.

²⁰⁰ V. comp., sur la Charte Marianne, B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, th., LGDJ, coll. « BDP », 2007, t. 252, pp. 93-94.

²⁰¹ V. *supra*, n° 185 et s.

approbation²⁰². Le fait que les clauses ne comportent aucune obligation ne déploie guère d'incidence sur l'autorité dont bénéficie l'œuvre des parties.

Ensuite, le caractère directif des stipulations n'interdit nullement d'envisager la reconnaissance d'une responsabilité conventionnelle. D'un point de vue théorique, rien n'empêche de permettre la réparation d'un préjudice subi en raison d'un manquement aux objectifs fixés. Ainsi M. Pontier a-t-il émis l'hypothèse qu'une personne publique puisse être déclarée responsable en cas de méconnaissance des orientations prévues dans un acte unilatéral²⁰³. Comme elle peut manquer à ses obligations, une partie peut aussi manquer à ses objectifs. Seulement, il est évident que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité seront différentes dans ces deux situations. Sans doute le caractère directif réduit-il les possibilités offertes aux parties : plus les objectifs seront imprécis, plus il leur sera difficile d'obtenir du juge qu'il prononce le manquement. En d'autres termes, s'il est plutôt aisé de constater qu'un devoir de conseil n'a pas été respecté²⁰⁴, qu'une expertise n'a pas été menée avec diligence²⁰⁵, ou qu'une mission de conduite de travaux a été mal exécutée²⁰⁶ ; cette opération est plus ardue s'agissant des conventions d'administration.

Cela provient de la marge de manœuvre laissée aux parties par les clauses directives. Il revient dès lors au juge d'adapter son degré d'exigence : un signataire manque-t-il à son objectif seulement lorsqu'il ne le remplit pas du tout ? Ou bien est-il possible de conclure au manquement en cas d'exécution partielle des objectifs ? Une telle appréciation appelle de toute évidence beaucoup de pragmatisme et de nuances. Mais on peut penser qu'il serait inopportun de permettre la mise en jeu de la responsabilité d'une partie qui aurait satisfait partiellement aux objectifs fixés. La souplesse des instruments conventionnels suggère plutôt de réserver cette possibilité aux situations les plus graves, celles dans lesquelles les orientations ont été, plus radicalement, ignorées. Cela pourrait concerner par exemple certains abandons de projet dans le cadre des contrats de projets, ou même l'absence d'allocation d'une

²⁰² CE, 22 févr. 2008, *Syndicat mixte central de traitement des ordures ménagères de l'agglomération parisienne*, Rec., p. 64.

²⁰³ J.-M. PONTIER, « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative », *D.*, 1997, chron., p. 383.

²⁰⁴ CE, 8 juin 2005, *Ville de Caen c/ Dubois*, Rec., tab., p. 970 ; CE, 28 janv. 2011, *Société Cabinet d'Études Marc Merlin*, Rec., tab., (à paraître).

²⁰⁵ CE, 9 avr. 2010, *Commune de Levallois-Perret*, Rec., p. 104.

²⁰⁶ CE, 14 mars 1997, *Hôpital départemental des Petits Prés*, Rec., p. 85.

contribution financière²⁰⁷. Quoi qu'il en soit, l'appréciation du manquement doit s'opérer selon des modalités plus souples que pour les contrats administratifs. La consécration d'une responsabilité conventionnelle se trouve soumise à cette nécessité et suppose en outre l'application des conditions traditionnelles.

855. Admettre la possibilité pour une partie de former une demande sur le fondement de la responsabilité conventionnelle conduit à évoquer les conditions de son existence. Il n'est pas nécessaire d'insister trop longuement sur cet aspect dans la mesure où, à l'instar des contrats administratifs²⁰⁸, les principes directeurs sont partiellement similaires à ceux qui régissent les relations privées. Ainsi suffira-t-il de souligner la nécessité de réunir les trois éléments classiques : un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité.

À propos de la première condition, il peut s'agir d'un manquement aux objectifs conventionnels sous les réserves indiquées précédemment. Mais le cas d'une responsabilité sans faute, reposant sur l'exercice des prérogatives de puissance publique, n'est pas inenvisageable non plus. On rejoint à cet égard le régime applicable aux contrats administratifs. Concernant le préjudice, la nature des conventions d'administration pourrait expliquer que, la plupart du temps, seuls des préjudices matériels soient établis par le juge. Ainsi peut-on imaginer que l'absence de réalisation d'infrastructures universitaires affaiblisse l'attractivité d'un site, que le manquement à des objectifs tenant au développement des énergies renouvelables occasionne un surcoût pour des collectivités, ou encore que le défaut de création d'établissements d'accueil pour les personnes âgées conduise à d'importants manques sur un territoire donné. Mais il n'est pas évident que le juge analyse ces préjudices comme suffisamment directs et certains²⁰⁹. Le plus souvent, celui-ci retient des dommages dont la matérialité est établie ; on songe par exemple aux dépenses de contrôle ou d'étude déjà effectuées²¹⁰. C'est pourquoi il est probable que peu de préjudices soient susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'une des parties. Sont moins concevables encore les préjudices moraux bien que cette hypothèse

²⁰⁷ V. comp., au sujet d'une subvention, à laquelle une personne publique s'était engagée unilatéralement pour la construction d'un golf, non versée, CE, 3 mars 1989, *Société Sagatour et Ministre des départements et territoires d'outre-mer*, *Rec.*, tab., p. 905.

²⁰⁸ V. not., R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 8, 2^{ème} éd., 1957, pp. 373-379.

²⁰⁹ CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin*, *Rec.*, p. 534. Pour le juge « les préjudices de manque à gagner invoqués par les trois régions requérantes et le préjudice d'image invoqué par la seule région Limousin ne présentent pas [par contre] un caractère direct et certain ».

²¹⁰ *Ibid.*, p. 534.

ne soit pas à exclure totalement. Enfin, ces deux premiers éléments doivent nécessairement être joints par un lien de causalité. Il appartient, en principe, au requérant de prouver que le préjudice subi est consécutif au fait de l'administration²¹¹. Toutes ces exigences sont essentielles pour établir la responsabilité d'une partie. Elles ont pour effet de restreindre les situations dans lesquelles il sera possible d'obtenir des dommages-intérêts sur le fondement de la méconnaissance des stipulations d'une convention d'administration. Aussi est-il plausible que, dans l'hypothèse où une responsabilité conventionnelle serait admise, le juge n'aurait pas à condamner souvent une partie sur ce motif.

856. Théoriquement concevable, la responsabilité conventionnelle s'avère du reste souhaitable pour améliorer les pratiques administratives. Il n'est donc pas surprenant que plusieurs auteurs aient déjà préconisé sa reconnaissance. Sans se prononcer sur la qualification des contrats de plan, un auteur écrit ainsi qu'au « regard de la place qu'occupent aujourd'hui, par exemple, les contrats État-régions pour la réalisation d'opérations d'aménagement et de développement, de l'attachement qu'y portent les élus, des sommes en jeu, de leur rôle régulateur croissant, *il ne serait pas illogique qu'ils engagent davantage, à l'avenir, la responsabilité des personnes publiques signataires, et celle de l'État en particulier, notamment en cas de promesse économique non tenue* »²¹². Cette opinion procède d'un examen pragmatique de l'usage des contrats de plan. Mais il arrive que des auteurs soutiennent, au moyen d'une argumentation juridique, la possibilité d'engager la responsabilité des parties.

En attestent les travaux de M. Terneyre qui déduisent cette faculté de la nature contractuelle des contrats de plan. On peut y lire, plus précisément, que « dès l'instant où, dans un contrat (général ou particulier) de plan État-collectivités territoriales, l'État manque à l'un de ses engagements précis et chiffré, il ne fait aucun doute qu'il s'expose à voir sa responsabilité contractuelle engagée par la collectivité locale contractante (ou une autre, en cas de stipulation pour autrui), qui a subi un préjudice de ce fait »²¹³. Puisque ces actes ne sont pas perçus comme d'authentiques

²¹¹ V. par ex., CE, 21 déc. 2007, *Région du Limousin, Rec.*, p. 534. Sur ce point, qu'il n'est ni possible ni utile de détailler ici, v. part., Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Économica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 167-197. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, t. 1, pp. 749-771.

²¹² J.-F. JOYE, *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002, p. 428 (nous soulignons).

²¹³ Ph. TERNEYRE, « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local. Mélanges J.-Cl. Douence*, Dalloz, 2006, p. 452.

contrats dans la présente thèse, on ne saurait suivre ce raisonnement. Il est entendu en revanche que si le juge venait à identifier une clause contractuelle au sein d'une convention d'administration, la logique proposée par M. Terneyre trouverait à s'appliquer. Dans l'hypothèse inverse, il faut adopter une solution plus conforme à la souplesse de ces procédés et permettant de sécuriser les relations nouées.

857. Ne pas reconnaître aux parties la possibilité de faire jouer la responsabilité conventionnelle aurait des répercussions regrettables sur l'action publique. Nul doute que les entités administratives seraient alors incitées à recourir à ces procédés pour échapper à toute sanction. Elles auraient tendance, lorsque cela est légalement possible, à opter pour ces modes d'administration afin de pouvoir se délier aisément de leurs engagements. Une telle situation ne serait pas acceptable. Il appartient ainsi au juge d'organiser des voies de droit permettant l'indemnisation des éventuels préjudices subis par l'une des parties. Certains manquements aux directives stipulées seraient sanctionnés par ce biais.

Pour l'heure, tel n'est pas le cas, le Conseil d'État se réfère uniquement aux règles de la responsabilité contractuelle. On pourrait objecter fort justement que la jurisprudence administrative tempère déjà l'absence de responsabilité conventionnelle. Le juge admet en effet la possibilité d'engager une action reposant sur un contrat dont la signature a été suscitée par une convention d'administration. C'est une façon de contester indirectement les manquements aux directives conventionnelles. Il en va ainsi pour les contrats particuliers s'appuyant sur les clauses des contrats de plan²¹⁴. De cette façon, le juge administratif parvient à indemniser des préjudices trouvant une origine lointaine dans les clauses des contrats de plan. Une telle solution est pertinente mais néglige les situations dans lesquelles une convention d'administration ne donne lieu à aucun contrat, voire ne fait l'objet d'aucune exécution. Alors les parties se trouvent-elles démunies. Elles ne disposent pas des moyens juridictionnels pour, le cas échéant, faire valoir leurs prétentions.

858. Pour l'ensemble de ces raisons, il serait utile que soit consacré un système de responsabilité juridique tenant compte de la nature des conventions d'administration. Certes, une forme de responsabilisation des parties existe déjà mais elle est surtout d'ordre politique ou administratif. Si elle correspond assez bien aux procédés directifs, elle peut s'avérer insuffisante pour assurer leur plein effet à ces derniers. En outre, d'aucuns pourraient voir dans cette carence un argument pour

²¹⁴ CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, Rec., tab., p. 628.

soumettre la plupart de ces actes à un régime contractuel. Il est patent, en effet, que la doctrine retient souvent la qualification de contrat aux fins de sécuriser les relations conventionnelles. Même si elle traduit mal le contenu et les fonctions de ces instruments, elle ouvre éventuellement la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'une des parties. Cette vision téléologique serait affaiblie dans l'hypothèse où une responsabilité conventionnelle serait admise par le juge. Cela n'est sans doute pas indispensable mais hautement souhaitable. Une telle évolution aurait diverses conséquences techniques dont celle de faire primer ce fondement sur tout autre entre les parties²¹⁵. En tout cas, elle ne bouleverserait pas énormément les relations inter-administratives. Selon toute vraisemblance, cette possibilité pourrait demeurer sans grande conséquence car les contrats entre personnes publiques ne donnent déjà guère lieu à des actions en responsabilité²¹⁶. Il n'y a aucune raison de penser qu'il en irait autrement à propos des conventions d'administration.

859. Conclusion de section. L'étude des procédés alternatifs de contrôle fait ressortir les particularismes des conventions d'administration. Encore peu formalisées, diverses méthodes permettent de satisfaire les parties sans qu'il soit nécessairement besoin de saisir le juge. Susceptibles de prévenir ou de régler d'éventuels litiges, elles s'appliquent en dehors du cadre juridictionnel. Cela correspond assez bien aux caractéristiques, et même à la philosophie, des conventions d'administration. Bien que ces méthodes soient perfectibles et mériteraient un usage plus systématique encore, on ne peut qu'encourager la constitution progressive d'un système commun et extra-juridictionnel de contrôle pour ces actes. La nature directive des stipulations conventionnelles appelle des solutions de cet ordre mais n'empêche évidemment pas d'envisager l'intervention du juge. Il en va ainsi dans l'hypothèse d'une action en responsabilité. Si des voies de droit ordinaires sont alors concevables, on peut penser que l'indemnisation des manquements aux objectifs devrait, dans des circonstances rares, aboutir par le biais d'une responsabilité proprement conventionnelle. Cette perspective reste aujourd'hui incertaine puisque ces actions sont déjà soumises à une responsabilisation des signataires d'ordre politique et administrative. Elle est néanmoins supposée par la reconnaissance d'une catégorie d'actes conventionnels non contractuels.

²¹⁵ V. sur ce principe appliqué aux contrats, Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, coll. « Science et Droit administratif », 1989, pp. 21-70. V. pour une analyse critique, M. PAILLET, « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFD, 2006, t. 1, p. 553.

²¹⁶ J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997, p. 84

860. Conclusion de chapitre. Les modalités de contrôle relatives aux conventions d'administration apparaissent aujourd'hui trop restreintes. En dépit de certaines évolutions, elles demeurent surtout marquées par une prépondérance des moyens administratifs et politiques. Les parties, ou parfois le droit positif, organisent diverses méthodes permettant la prévention ou la résolution des différends. À cet égard, les contrôles extra-juridictionnels auxquels sont soumises les conventions d'administration sont caractérisés par un phénomène d'institutionnalisation. Celui-ci tient à la création d'entités *ad-hoc* chargées de suivre l'exécution des directives conventionnelles. Si cette pratique n'est pas spécifique aux conventions d'administration, elle revêt une importance particulière pour ces actes dans la mesure où ils ne sont presque jamais soumis à l'examen du juge. L'inexistence des contrôles juridictionnels est en effet une autre caractéristique des instruments conventionnels d'orientation. Cette vue est néanmoins excessive puisqu'il arrive à l'une des parties, ou même à un tiers, de saisir le juge.

861. Ajoutons à ceci que les règles de recevabilité pourraient appeler quelques aménagements touchant à la fois aux recours et aux moyens. D'une part, il conviendrait d'écarter toutes les demandes dont l'objet consiste à contester la validité d'une convention d'administration. La nature directive de leurs clauses suggère cette solution certes radicale mais qui aurait le mérite de simplifier le traitement des recours. Cela permettrait en particulier au juge de ne plus avoir à examiner le bien-fondé d'une demande en raison de la nature prétendument contractuelle d'un acte pour ensuite écarter les prétentions au motif que les stipulations sont trop imprécises. On ferait ainsi l'économie d'un raisonnement inutilement compliqué. En définitive, seul le déféré préfectoral devrait connaître un sort différent. Afin de maintenir la cohérence de la jurisprudence administrative, il serait logique d'admettre la recevabilité de ces recours en annulation. D'autre part, plusieurs arguments justifieraient que les moyens fondés sur la méconnaissance des clauses des conventions d'administration soient en principe recevables. Sans qu'il soit besoin de modifier l'état du droit au sujet des contrats, le juge pourraient ainsi tenir compte de leurs effets d'orientation. En dehors de ces modifications, se pose enfin la question de la reconnaissance d'une responsabilité conventionnelle. Les parties pourraient, le cas échéant, espérer être indemnisées d'un préjudice subi sur ce fondement. Souhaitable, une telle voie de droit reste néanmoins incertaine et soumise à l'appréciation du juge.

862. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces remarques ne saurait faire oublier la séparation irréductible qui existe entre les conventions d'administration et le contentieux juridictionnel. Ces instruments sont, pour des raisons intrinsèques, éloignés des rapports donnant traditionnellement lieu à des litiges. Ils ne s'avèrent guère pro-

pices à la naissance d'un différend susceptible de se résoudre devant le juge administratif. Voilà pourquoi une part importante des propositions faites dans les développements précédents risque de ne produire que de faibles conséquences. C'est une raison supplémentaire de préciser la situation des conventions d'administration lors d'un contentieux juridictionnel. Car nul doute que les parties ou les tiers ne feraient pas un usage déraisonnable des pouvoirs consacrés par le juge. En revanche, en l'absence de garanties juridictionnelles, on peut penser que l'utilité des instruments d'orientation s'affaiblirait au fil des années. Dans la mesure où les signataires n'encourent aucune sanction prononcée par le juge, il y a fort à parier qu'ils respecteront avec d'autant moins de rigueur leurs engagements. Pour cette simple raison, l'organisation d'un contrôle juridictionnel, suppléant au besoin les méthodes administratives, semble indispensable. Tout comme il paraît essentiel d'adapter le degré d'exigence lié au respect des objectifs conventionnels.

Conclusion de titre

863. Malgré le caractère directif de leurs stipulations, les conventions d'administration sont soumises à la légalité administrative. Une telle affirmation rend compte de la nature juridique de ces actes. Le respect de certaines normes et l'exercice de contrôles, non seulement administratifs mais aussi juridictionnels, traduisent vraisemblablement, en effet, l'appartenance des conventions d'administration aux manifestations de droit. Pour autant, cette conclusion appelle plusieurs réserves. D'un côté, les principes et règles applicables à ces procédés, souvent peu formalisés, s'avèrent circonscrits à leur plus simple expression. On ne saurait ainsi exagérer l'encadrement normatif auquel ceux-ci sont confrontés. Il tient essentiellement aux exigences traditionnelles relatives à l'habilitation des autorités publiques s'agissant de l'existence des conventions d'administration. Il présente en revanche plus d'originalités vis-à-vis des contrats à propos de leur exécution. D'un autre côté, les méthodes permettant de vérifier la réalisation correcte des objectifs suscitent encore des améliorations substantielles. Et, bien plus, le traitement juridictionnel des conventions d'administration mériterait plusieurs ajustements afin de tenir compte de leurs effets juridiques sans méconnaître toutefois l'absence d'impérativité de leurs clauses. De cette façon, la soumission à la légalité administrative de ces instruments d'orientation serait mieux assurée.

864. En tout cas, il ne paraît satisfaisant ni d'assimiler la situation des conventions d'administration à celle des contrats, ni de la réduire au statut de simples déclarations d'intention. Dans la première hypothèse, on risquerait de contraindre inutilement l'action publique. La souplesse qui anime la passation de ces actes et le respect de leurs directives serait alors méconnue. Ce qui pourrait sans aucun doute rendre inutiles, *in fine*, les conventions d'administration. Dans la seconde hypothèse, ce serait la sécurité des relations ainsi établies qui serait mise en péril. Les parties ne bénéficieraient pas de garanties suffisantes et elles donneraient leur consentement tout en sachant que rien ne permet d'assurer l'exécution, même partielle, des stipulations. Là encore, la pertinence de ces procédés d'orientation serait hautement discu-

table. Il faut donc, avec beaucoup de précautions, soumettre les conventions d'administration à la légalité administrative. C'est à la fois une question de *justiciabilité*, puisqu'il s'agit pour le juge de faire respecter les engagements pris et d'assurer la protection des intérêts des parties, et, bien plus, d'effectivité du droit. Car s'en remettre à la bonne volonté des parties c'est malheureusement parfois se résoudre à l'inefficacité des actions conventionnelles.

Conclusion de partie

865. De nombreuses spécificités caractérisent l'utilisation des conventions d'administration. Elles se manifestent à divers égards mais chacune trouve dans la nature directive des stipulations une explication satisfaisante. En définitive, ces actes ont toujours vocation à orienter la production normative des personnes publiques. Les administrations y ont recours afin de guider l'édition de futures décisions ou la signature d'actes conventionnels. Parfois, cette finalité transparait moins nettement. Il en va ainsi lorsque les conventions d'administration organisent l'activité respective des parties. Sont alors directement visées des opérations dont les parties souhaitent la réalisation ou des objectifs à atteindre. Cela n'empêche pas que, le plus souvent, la satisfaction des engagements suppose que des actes soient pris. Dans cette mesure, les conventions d'administration participent, là encore, à la production normative. En revanche, on ne saurait nier l'intensité variable des directives. Elle se traduit d'ailleurs fréquemment par une effectivité contingente de ces procédés conventionnels. Malgré ces nuances d'appréciation, l'utilisation des conventions d'administration se distingue clairement de celle que les parties font des contrats. Il ne s'agit pas de contraindre les destinataires à effectuer certaines prestations pour obtenir, le cas échéant, certains bénéfices. Chaque signataire entend satisfaire les intérêts dont il a la charge au moyen de stipulations non-impératives.

866. Ce trait commun aux conventions d'administration se traduit par d'autres particularités que l'on rencontre au stade de leur mise en œuvre. Comptent parmi ces spécificités les modalités qui permettent de déterminer le genre administratif de ces actes. En effet, certains éléments décisifs pour qualifier un contrat administratif ne jouent aucun rôle à propos des conventions d'administration. Mais encore, nombreuses sont les règles, applicables aux actes de la commande publique, qui ne régissent pas l'utilisation de ces procédés d'orientation. Les contraintes pesant sur les parties s'avèrent dès lors assez modestes. Enfin, les contrôles exercés sur les conventions d'administration demeurent, malgré plusieurs évolutions, faibles. À la différence des contrats, il est notamment difficile de se prévaloir de la conclusion d'un tel

acte dans le cadre d'un contentieux juridictionnel. Pour ces raisons principales, il est possible de qualifier de spécifique l'utilisation des conventions d'administration. Cependant, on doit reconnaître, dans le même temps, que toutes ces spécificités tiennent moins à l'existence de règles propres qu'à l'inapplication de règles normalement applicables aux contrats. Voilà pourquoi il faut relier l'originalité des conventions d'administration à l'existence d'un encadrement normatif plus épuré. Elle s'envisage en quelque sorte par des opérations de soustraction. Du point de vue théorique et en particulier de la norme, cela témoigne parfaitement du caractère *infra-contractuel* des conventions d'administration.

Conclusion générale

867. Au terme de cette étude, l'existence d'une distinction au sein des actes conventionnels peut être soutenue au moyen d'une argumentation mieux assurée. L'hypothèse formulée en introduction reposait essentiellement sur quelques intuitions liées à l'observation de l'action publique et à un examen comparatif de la classification des moyens unilatéraux. Une étude précise et systématique a permis de confirmer la plupart d'entre-elles. Voilà pourquoi il ne paraît plus satisfaisant de se borner à envisager les contrats comme étant les seuls phénomènes de droit relevant de la branche des actes conventionnels. Une représentation plus pertinente de l'action publique est désormais susceptible d'être livrée. Elle consiste à ajouter à l'approche théorique une nouvelle notion, laquelle pourrait répondre à la terminologie de *convention d'administration*. Si une telle proposition ne ressort pas de l'évidence, elle peut néanmoins se prévaloir de solides motifs.

868. En premier lieu, il est possible de concevoir une différenciation d'ordre normatif entre les actes conventionnels. Certes, quelques caractères paraissent communs aux contrats et aux conventions d'administration. Il en va ainsi de la nécessité que des consentements soient exprimés par les parties, mais surtout de la réciprocité qui domine l'existence de tout acte conventionnel. Attachés à des considérations formelles, ces éléments traduisent bien la présence d'une unité minimale entre tous ces phénomènes juridiques. Ils justifient pleinement que l'on puisse concevoir une *méta-catégorie* regroupant l'ensemble des actes conventionnels. Toutefois, ce regroupement admet des limites encore trop incertaines pour être véritablement opératoire sur un plan pratique, et notamment contentieux. D'où la nécessité d'effectuer une séparation binaire selon un critère matériel.

Malgré la grande diversité des phénomènes, il est en effet envisageable de distinguer les actes conventionnels selon qu'ils comportent ou non des stipulations impératives. Seuls les véritables contrats, créateurs de droits et obligations entre les parties, répondent à cette exigence. Les conventions d'administration, dans la mesure où

elles ne comprennent que de simples directives guidant l'action publique, ne remplissent pas quant à elles cette condition. Leurs clauses se bornent à donner des objectifs aux parties, et parfois même à des tiers, dont la teneur est dépourvue de toute impérativité. Au vu de ces caractéristiques, il y aurait lieu, sans méconnaître la nature conventionnelle des relations établies entre les signataires, de ne jamais les qualifier de contrat. Une telle qualification devrait toujours être réservée à des actes comportant des stipulations dont les énoncés sont impératifs.

869. En second lieu, cette différenciation trouve une confirmation dans les fonctions assurées par les conventions d'administration. Eu égard à leur contenu, ces actes ont vocation à pallier diverses difficultés conceptuelles auxquelles est confrontée la signature de contrats au sein de l'action publique. Les obstacles rencontrés par les parties sont plus précisément de deux ordres. Ils tiennent tantôt aux sujets de droit, tantôt aux objets des conventions.

Dans la première hypothèse, l'empêchement théorique est lié à la présence, en principe indispensable, de deux personnes juridiquement séparées pour que l'acte puisse être conclu. Explicable par le concept de capacité contractuelle, cette règle ne vaut pas pour la passation des conventions d'administration. Sur ce point, il est en effet possible de concevoir deux habilitations distinctes : l'une nécessaire à propos des contrats, l'autre suffisante pour signer ces conventions dépourvues d'énoncé normatif et sans conséquence patrimoniale. Ainsi peut-on rendre compte de certaines pratiques qui heurtent indéniablement les esprits rigoureux. Tel est le cas en particulier des contrats d'objectifs et de moyens conclus entre des entités relevant d'une même personne juridique. Dès lors que ces actes ne déploient que des effets directifs, ils peuvent être signés dans ces conditions singulières.

Dans la seconde hypothèse, la difficulté théorique résulte de plusieurs interdictions relatives aux objets des contrats. Pour des raisons tenant, directement ou non, aux prérogatives dont bénéficie l'administration, il n'est pas possible de contracter sur toutes les matières. Lorsque le besoin de convenir se fait néanmoins sentir, les acteurs peuvent tout à fait recourir à des conventions d'administration. Sans méconnaître ses pouvoirs, une autorité a, par exemple, la faculté de signer un contrat local de sécurité en matière de police. Les modestes conséquences produites par les clauses directives permettent cela, alors même que la création d'obligations contractuelles dans cette même situation demeure, pour l'heure du moins, inenvisageable. Aussi une distinction d'ordre fonctionnel témoigne-t-elle de la séparation que l'on peut établir sur la base d'un critère matériel entre les contrats et les conventions d'administration.

870. La dissociation ainsi opérée pourrait faire l'objet de contestations eu égard à son caractère prétendument spéculatif. Pour en dissuader, de nombreux aspects reliés à l'utilisation des conventions d'administration sont susceptibles de confirmer la pertinence de la thèse soutenue. Non seulement l'analyse de ces éléments suggère la nature juridique et administrative de ces procédés. Mais surtout, elle révèle que les conventions d'administration sont soumises à un régime, perfectible il est vrai, supposant l'application de règles de droit et l'exercice de contrôles. La mise en exergue de ces éléments est décisive. Elle permet en effet d'écarter une critique reposant sur l'appartenance des conventions d'administration au domaine du non-droit. En somme, l'écueil de la présente étude est sûrement que la dissociation entre les actes relevant de la catégorie des contrats et ceux qui en sont exclus soit admise, mais que l'on nie la nature juridique des conventions d'administration. Une telle attitude serait légitime dès lors que l'analyse est guidée par les principes de la pensée positiviste classique. Selon cette doctrine, seuls les actes comportant des énoncés dont la signification est une norme appartiennent au domaine du droit. Par conséquent, il paraît logique de réfuter toutes les tentatives dont le postulat repose sur l'existence de manifestations juridiques en dehors de l'impérativité.

Cette approche radicale ne semble plus satisfaisante désormais. Car les conventions d'administration, à l'instar d'autres actes, produisent de nombreux effets de droit sans pour autant comporter des énoncés impératifs. En témoignent en particulier les effets d'orientation qu'elles déploient sur l'ensemble de la production normative. Une telle conclusion corrobore l'idée selon laquelle le droit ne peut plus être envisagé comme un simple phénomène coercitif. Cette conception a sans doute été admissible autrefois. Mais elle paraît largement contredite par l'évolution des pratiques juridiques, et ce depuis plusieurs décennies. Admettre le contraire condamne à ignorer des aspects fondamentaux du droit contemporain.

On vise plus exactement ici le droit administratif. Car les phénomènes étudiés peuvent être qualifiés de conventions administratives par application de certains éléments utilisés pour la qualification des contrats. Mais cela ne doit surtout pas laisser croire que ces procédés non normatifs sont circonscrits à l'action publique ; loin s'en faut. Seulement, la nature juridique et le genre administratif des conventions d'administration conduisent à soumettre ces actes à un régime adapté. Il ne s'agit ni de transposer les règles générales applicables aux contrats, ni d'exercer des contrôles identiques. En revanche, il est tout à fait possible d'imposer le respect de plusieurs normes élémentaires ou spécifiques. Comme il est envisageable de renforcer les contrôles mis en œuvre essentiellement aujourd'hui par l'administration. Tous ces aménagements pourraient permettre de mieux encadrer, et de consacrer par la même oc-

casation, les conventions d'administration. Voilà les enseignements généraux que l'on croit pouvoir tirer de cette étude. Cela ouvre un certain nombre de perspectives qu'il convient de détailler pour achever ces propos conclusifs.

871. Proposant un affinement de la classification des actes conventionnels, la présente étude recouvre des intérêts d'ordre pratique et théorique. D'un côté, il est certain que la catégorie des conventions d'administration pourrait rendre de précieux services aux parties. Elle leur permettrait de convenir tout en assurant une sécurité minimale à leur relation. De la sorte, elle susciterait selon toute vraisemblance l'intérêt des personnes publiques. Se rejoindraient ainsi des considérations tenant à la souplesse et aux garanties des actions. On peut au surplus penser que, en raison de la modestie de leurs effets juridiques, les conventions d'administration devraient permettre aux parties de bénéficier de la liberté conventionnelle la plus complète.

Mais tous ces avantages n'indiquent rien bien entendu sur l'utilisation, et encore moins sur la pérennité, de ces procédés. Ils correspondent certes à l'époque actuelle durant laquelle l'administration cherche à compléter ses instruments traditionnels par des moyens juridiquement non contraignants. Toutefois, ils ne sont nullement indispensables car – à la différence des contrats qui constituent bien souvent une nécessité afin que des services soient rendus, des travaux exécutés et des fournitures acquises – ils traduisent des choix tenant aux modalités d'administration. Pour ce motif, ils sont susceptibles de disparaître. Au demeurant, des doutes peuvent fort bien être exprimés sur la valeur des conventions d'administration. C'est pourquoi il était préférable de se limiter autant que possible à rendre compte de ces actions originales sans se prononcer sur l'opportunité d'y recourir. Réaliser une étude de cet ordre ne suppose pas d'être nécessairement favorable à un usage plus soutenu des conventions d'administration. Il s'agit moins de plaider pour une augmentation de ces pratiques que pour leur sécurisation.

Quoi qu'il en soit, les conventions d'administration confirment l'idée d'un fléchissement des moyens exorbitants au sein de l'action publique. Elles ne traduisent en effet aucune spécificité tenant à la puissance publique. Et il est parfaitement possible de les envisager dans le cadre de relations de droit privé. Néanmoins, l'utilisation qu'en fait l'administration comporte un certain nombre d'originalités qui traduisent les impératifs irréductiblement attachés aux fins de l'administration. Il reste que des procédés semblables pourraient être identifiés entre personnes privées. En revanche, les conditions d'élaboration d'un concept similaire en droit des contrats privés s'avèrent différentes. Cela se justifie eu égard à l'articulation de ce droit autour de la théorie des obligations. Bien plus, il faut concéder que la doctrine civiliste apparaît

souvent tributaire des dispositions du Code civil, et en particulier de son article 1101. Au-delà de ces différences tenant à la systématisation des moyens juridiques, on doit conclure que les conventions d'administration ne traduisent, sur le plan pratique, aucune exorbitance.

872. D'un autre côté, les conventions d'administration sont susceptibles de conforter à la fois les prérogatives dont bénéficient les personnes publiques et la notion de contrat. La première de ces perspectives peut paraître surprenante. Elle se justifie pourtant aisément. En signant de tels actes, les administrations ne se dépouillent pas de leurs prérogatives. Les parties se réservent au contraire des possibilités d'action et des marges de manœuvre plus importantes que lorsqu'elles signent de véritables contrats. De sorte que les conventions d'administration préservent les prérogatives dont disposent leurs auteurs. C'est une façon d'introduire la méthode conventionnelle sans altérer les moyens qui caractérisent encore l'action publique aujourd'hui. La seconde de ces perspectives est sans doute plus évidente. Elle tient au fait qu'en chassant de la catégorie contractuelle des actes qui n'en revêtent pas tous les caractères, on participe à un effort de délimitation plus stricte de la notion de contrat. Cette préoccupation semble fondamentale eu égard aux assauts portés à la conception classique qu'en retient la doctrine. En tout cas, il ne paraît plus satisfaisant d'étendre inconsidérément la catégorie des contrats car cela suppose un risque pour la norme juridique. En ne procédant pas à une division semblable à celle proposée, on risque de méconnaître peu à peu, par dilution, la notion de contrat. Aussi la systématisation des conventions d'administration apparaît-elle moins importante pour elle-même que dans la perspective de sauvegarder la norme contractuelle. Elle prend ici tout son sens. Il est donc impérieux de ne pas céder à la tentation de voir du contrat là où il n'y en a pas. Dans cette optique, la notion de convention d'administration apporte un contrepoint à celle de contrat au sein de la théorie juridique. Et, en définitive, elle est moins le gage d'une révolution de l'action administrative que de la pérennité des appareils conceptuels du droit administratif.

873. S'agissant des actions publiques conventionnelles, le temps n'est plus au constat mais à la conceptualisation. La présente étude a soulevé un certain nombre de problématiques touchant à la diversité de ces phénomènes. Elle a aussi tenté de proposer, pour y répondre, une systématisation. Il en résulte un nouvel équilibre au sein de la classification des actes. En retenant comme trait caractéristique la présence ou l'absence d'énoncés normatifs, on peut alors identifier quatre temps dans le processus aboutissant à la qualification d'une convention d'administration. Premièrement, il faut déterminer si le procédé visé est un acte juridique ou le produit de plusieurs manifestations de volonté dépourvu d'effet de droit. Deuxièmement, il s'agit d'établir la na-

ture conventionnelle, et non unilatérale, de l'acte juridique. Troisièmement, les stipulations doivent faire l'objet d'un examen pour s'assurer que l'acte conventionnel comporte uniquement, ou principalement du moins, des stipulations directives, et non impératives. Quatrièmement, il importe de définir le genre administratif de l'acte conventionnel. En suivant rigoureusement ce mode opératoire, on parvient sans difficulté à qualifier une convention d'administration.

Il est entendu toutefois que cet essai ne prétend nullement fournir *la* solution unique aux difficultés rencontrées. Sans doute ne règle-t-il pas tous les problèmes posés. D'autres tentatives peuvent fort bien donner des résultats convaincants¹. Des conceptions différentes de la notion de convention d'administration pourraient même être formulées. Pour autant, l'approche normativiste semble la plus explicative. Elle apparaît la mieux adaptée pour aider à la résolution de la détérioration des actions publiques conventionnelles.

874. Enfin, les solutions proposées appellent malgré tout des appréciations nuancées. Comme le souligne le rapport du Conseil d'État intitulé *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, il s'agit d'un débat de « première importance » qui nécessite une discussion approfondie². On ne saurait y mettre fin ainsi et négliger en particulier l'hétérogénéité des conventions d'administration. À cet égard, il pourrait sembler illusoire de regrouper sous un concept unique toutes ces manifestations. En dégagant leurs caractéristiques communes, on a mesuré de réelles disparités quant à leurs utilisations. Cela ne remet certes pas en cause l'approche catégorielle. Mais un tel constat pourrait légitimement inciter à envisager des sous-catégories. Une recherche de cet ordre s'est néanmoins avérée prématurée. En somme, tenter de bâtir d'emblée une classification plus fine aurait pu nuire à l'ambition plus globale de la présente thèse. Voilà pourquoi il est apparu préférable de laisser cette question en suspens. Cela étant, les classifications juridiques sont toujours ouvertes et jamais définitives. Le travail de systématisation des conventions d'administration est bien un témoignage de cette exigence théorique.

Après avoir mené et suscité des réflexions, le juge devrait à présent se prononcer sur l'utilité d'une notion semblable à celle de convention d'administration. Rien ne l'en empêche, sinon la faible quantité d'affaires dont il a connaissance. Peut-être faut-

¹ V. part., Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 36 et s.

² CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, p. 252.

il un nombre significatif de saisines pour consacrer une nouvelle notion. Toutefois, la systématisation des directives administratives ne s'est-elle pas opérée sur la base de quelques contentieux ? Ce précédent pourrait servir à une éventuelle opération de définition des conventions d'administration. On doit cependant relever que le contexte dans lequel un pouvoir para-réglementaire a été reconnu, notamment aux ministres, était singulier. Il se différenciait des circonstances qui entourent aujourd'hui l'utilisation des procédés conventionnels. En effet, la jurisprudence *Crédit foncier de France* avait pour objet de pallier l'absence de pouvoir réglementaire constitutionnellement garanti au profit de certaines autorités administratives. L'intervention du juge était donc impérieuse. Tel ne semble pas être le cas s'agissant des conventions d'administration. Il ne ressort pas de leur situation une urgence comparable. Pour autant, l'ensemble des arguments avancés au cours de cette thèse font espérer que le juge apportera des solutions aux problématiques soulevées par les instruments conventionnels au sein de l'action publique. Cela pourrait permettre que ne resurgisse, une nouvelle fois, dans les discours juridiques le spectre de la crise du contrat.

Index jurisprudentiel

(Cet index présente, selon la juridiction et dans un ordre chronologique, les principales jurisprudences citées dans cette étude. Les décisions juridictionnelles sont suivies de références, qui ne sont pas reproduites dans les notes de bas de page afin de ne pas surcharger ces dernières inutilement.)

1) Jurisprudence constitutionnelle

- CC, 19 juill. 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, 83-160 DC, Rec.**, p. 43 ; *AJDA*, 1984, p. 28, note J.-P. Jarnevic ; *RDP*, 1986, p. 395, obs. L. Favoreu ; *JCP G*, 1985, II, 20352, note H. Labayle.
- CC, 25 févr. 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, 1992-307 DC, Rec.**, p. 48 ; *RFDA*, 1992, p. 187, note B. Genevois ; *RFDC*, 1992, p. 311, note P. Gaïa ; *AJDA*, 1992, p. 656, note F. Julien-Lafferrière ; *JDI*, 1992, p. 677, note D. Lochak.
- CC, 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, 92-316 DC, Rec.**, p. 14 ; *RFDA*, 1993, p. 902, D. Pouyaud ; *LPA*, 2 juin 1993, p. 4, B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC*, 1993, p. 375, L. Favoreu.
- CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 2003-473 DC, Rec.**, p. 382 ; *AJDA*, 2003, p. 2348, note É. Fatôme et L. Richer, p. 1391, note J.-É. Schoettl, p. 1652, P. Gonod ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. Lichère ; *RFDC*, 2003, p. 772, note É. Fatôme et L. Richer ; *DA*, 2003 (n° 10), p. 24, note A. Ménéménis ; *JCP A*, 2004, p. 449, note F. Linditch ; *LPA*, 5 juill. 2004, p. 6, note A.-L. Valembois ; *AJDA*, 2004, p. 1849, M. Verpeaux.
- CC, 24 juill. 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, 2008-567 DC, Rec.**, p. 341 ; *BJCP*, 2008, p. 310, chron. Ph. Terneyre ; *Gaz. Pal.*, 8 août 2008, p. 2, note D. Linotte ; *AJDA*, 2008, p. 1664, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA*, 2008, p. 1233, note A. Roblot-Troizier ; *BJCP*, 2008, p. 310, note Ph. Terneyre ; *Concurrences*, 2008, p. 157, note B. du Marais et J.-M. Gatt.

2) Jurisprudence communautaire

- CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, Rec.**, I, p. 8121 ; *BJCP*, 2000, p. 43, concl. G. Cosmas, obs. Ch. Maugué.
- CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, Rec.**, I, p. 10745 ; *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer ; *CMP*, 2001, comm. 50, note F. Llorens.
- CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec.**, I, p. 1 ; *BJCP*, 2005, p. 180, concl. C. Stix-Hack, obs. Ch. Maugué ; *CMP*, 2005, comm. 68, note G. Eckert ; *AJDA*, 2005, p. 898, note F. Rolin ; *DA*, 2005, comm. 36, note A. Garcia et A. Maillard ; *ACCP*, 2005 (n° 3), p. 45, note D. Capitant.
- CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, Rec.**, I, p. 4137 ; *CMP*, 2006, comm. 203, note G. Eckert ; *JCP A*, 2006, comm. 1125, note F. Linditch.
- CJCE, 19 avr. 2007, *Asemfo*, Aff. C-295/05, Rec.**, I, p. 2999 ; *AJDA*, 2007, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert, p. 1759, note E. de Fenoyl.
- CJCE, 18 juill. 2007, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04, BJCP**, 2007, p. 406, concl. V. Trstenjak, obs. Ph. Terneyre.
- CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-454/06 ; BJCP**, 2008, p. 341, obs. R. Schwartz ; *AJDA*, 2008, p. 2008, note J.-D. Dreyfus.
- CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, Rec.**, I, p. 8457 ; *BJCP*, 2009, p. 62, note R. Schwartz ; *CMP*, 2009, comm. 34, note W. Zimmer.
- CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06 ; AJDA**, 2009, p. 1715, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *JCP A*, 2009, comm. 2158, note Ph. Proot ; *JCP A*, 2009, comm. 2248,

note F. Lichère et note F. Linditch ; *LPA*, 30 juill. 2009, n° 151, p. 10, note J.-M. Glatt ; *RLCT*, 2009, p. 55, note Ch. Mondou ; *RJEP*, 2009, comm. 54, note A. Santamaría Dacal ; *CMP*, 2009, comm. 226, note H. Hoepffner.

CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-main, Frankfurter Entsorgung – und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, *Rec.*, I, p. 2815 ; *BJCP*, 2010, p. 259.

3) Jurisprudence administrative

a) Tribunal des conflits

- TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurance « le Soleil » c/ L'État*, *Rec.*, p. 449, concl. G. Feuilleley.
- TC, 19 juin 1952, *Société des combustibles et carburants nationaux*, *Rec.*, p. 628.
- TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, *Rec.*, p. 617 ; *AJDA*, 1955, II, p. 332, note J.A. ; *JCP*, 1955, II, p. 8786, note Ch. Blaevoet ; *RA*, 1955, p. 285, note G. Liet-Veaux ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 71.
- TC, 2 juill. 1962, *Consorts Cazautets c/ Ville de Limoges*, *Rec.*, p. 823 ; *RDP*, 1962, p. 1204, obs. J.-M. Auby.
- TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, *Rec.*, p. 787 ; *D.*, 1963, jur., p. 534, concl. C. Lasry, p. 538, note P.-L. Josse ; *AJDA*, 1963, doct., p. 463, chron. M. Gentot et J. Fourré ; *JCP*, 1963, II, 13375, note J.-M. Auby ; *GP*, 1964, doct., p. 58, note Ch. Blaevoet.
- TC, 16 janv. 1967, *Société du vélodrome du parc des princes*, *Rec.*, p. 652 ; *D.*, 1967, p. 416, concl. R. Lindon ; *JCP*, 1967, II, p. 15246, note H. Charles.
- TC, 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/ époux Barbier*, *Rec.*, p. 789, concl. J. Kahn ; *Dr. ouvr.*, 1969, p. 177, concl. J. Kahn, note Boitel ; *RDP*, 1968, p. 893, note M. Waline et 1969, p. 142, concl. J. Kahn ; *AJDA*, 1968, p. 225, chr. J. Massot et J.-L. Dewost ; *CJEG*, 1969, jur., p. 525, note A.C. ; *D.*, 1969, p. 202, note J.-M. Auby ; *Dr. Soc.*, 1969, p. 51, note J. Savatier, *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 84.
- TC, 24 juin 1968, *Société « Distilleries Bretonnes »*, *Rec.*, p. 801, *D.*, 1969, jur., p. 116, note J. Chevallier.
- TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait »*, *Rec.*, p. 682 ; *AJDA*, 1969, jur., p. 307, concl. J. Kahn, p. 311, note A. de Laubadère ; *RDP*, 1969, p. 694, note M. Waline ; *CJEG*, 1970, jur., p. 97, note A.C.
- TC, 15 juin 1970, *Commune de Comblanchien c/ Société de gestion d'intérêts français*, *Rec.*, p. 889.
- TC, 7 juill. 1980, *Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne c/ Syndicat intercommunal de la mise en valeur des communes de Lanslebourg et Lanslevillard*, *Rec.*, 509 ; *AJDA*, 1981, p. 48, note A. de Laubadère.
- TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres*, *Rec.*, p. 537 ; *AJDA*, 1983, p. 356, concl. D. Labetoulle ; *D.*, 1984, jur., p. 33, note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht ; *RA*, 1983, p. 368, note B. Pacteau.
- TC, 7 oct. 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de l'académie de Nancy-Metz*, *Rec.*, p. 472 ; *AJDA*, 1992, p. 157, note L. Richer ; *Quot. jur.*, 11 févr. 1992, p. 8, note M. Deguergue.
- TC, 22 nov. 1993, *Martinucci c/ Ville de Toulouse*, *Rec.*, p. 409 ; *AJDA*, 1994, p. 167.
- TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, *Rec.*, p. 546.
- TC, 23 nov. 1998, *Bergas*, *Rec.*, p. 550.
- TC, 7 juin 1999, *Commune de Ceyzeriat*, *Rec.*, p. 453.
- TC, 15 nov. 1999, *Commune de Bourisp*, *Rec.*, p. 478 ; *DA*, 2000, comm. 29, note R. Schwartz.
- TC, 23 oct. 2000, *Matois*, *Rec.*, p. 773 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 101, concl. R. Schwartz.
- TC, 23 oct. 2000, *Société Solycaf*, *Rec.*, p. 772.
- TC, 22 oct. 2001, *Société BNP-Paribas c/ Union des groupements d'achats publics*, *Rec.*, p. 749.
- TC, 20 juin 2005, *SNC Société hôtelière guyanaise c/ Centre national d'études spatiales*, *Rec.*, p. 663 ; *BJCP*, 2005, p. 422, concl. G. Bachelier, p. 426, note R.S ; *Rev. Trésor*, 2006, p. 155, note J.-L. Pissaloux.

- TC, 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, *Rec.*, p. 639 ; *BJCP*, 2006, p. 419, concl. J.-H. Stahl ; *RJEP*, 2007, p. 1, concl. J.-H. Stahl ; *RFDA*, 2007, p. 284, concl. J.-H. Stahl, note B. Delaunay ; *AJDA*, 2006, p. 2382, chr. C. Landais et F. Lenica, *JCP A*, 2007, comm. 2077, note B. Plessix.
- TC, 17 déc. 2007, *SELARL MB Associés c/ Centre hospitalier intercommunal du Haut Anjou*, *Rec.*, tab., p. 935.
- TC, 20 févr. 2008, *M. et Mme A. c/ Communauté urbaine de Lyon*, req. n° C3623 ; *BJCL*, 2008, p. 441, concl. A. Gariazzo ; *JCP A*, 2008, comm. 2117, note Ph. Yolka ; *DA*, 2008, comm. 64, note F. Melleray.
- TC, 6 juill. 2009, *Société coopérative agricole Agrial c/ ONIGC*, *RJEP*, 2010 (n° 671), comm. 2, note G. Pellissier.

b) Conseil d'État

- CE, 2 févr. 1854, *Ville de Bayeux*, *Rec.*, p. 72.
- CE, 2 mars 1877, *Institut catholique de Lille*, *Rec.*, p. 221, concl. R. David.
- CE, 11 janv. 1889, *Compagnie des docks et entrepôts de Marseille*, *Rec.*, p. 31 ; *RG4*, 1889, t. 2, p. 56, chron. O. Le Vasseur de Précourt ; *DP*, 1890, III, p. 33 ; *S.*, 1891, III, p. 4.
- CE, 26 mars 1897, *Foucart c/ Ville de Melun*, *Rec.*, p. 253.
- CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie c/ Min. de la Guerre*, *Rec.*, p. 277, concl. G. Saint-Paul ; *S.*, 1902, III, p. 73, concl. G. Saint-Paul, note M. Hauriou.
- CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec.*, p. 749, concl. J. Romieu ; *S.*, 1906, III, p. 49, note M. Hauriou ; *RDP*, 1906, p. 249, note G. Jèze ; *DP*, 1907, III, p. 49, concl. J. Romieu ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 15.
- CE, 9 mars 1906, *Sieur Gau-Bosc*, *Rec.*, p. 224, concl. J. Romieu ; *S.*, 1908, III, p. 73, concl. J. Romieu.
- CE, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec.*, p. 961, concl. J. Romieu ; *DP*, 1907, III, p. 41, concl., J. Romieu ; *RG4*, 1907, t. 2, p. 368, concl. J. Romieu, chron. C. Rabany ; *S.*, 1907, III, p. 33, note M. Hauriou ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 16.
- CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, *Rec.*, p. 513, concl. J. Romieu ; *D.*, 1907, III, p. 81, concl. J. Romieu ; *S.*, 1907, III, p. 113, note M. Hauriou ; *RDP*, 1907, p. 678, note G. Jèze.
- CE, 5 juill. 1907, *Humblot*, *Rec.*, p. 637 ; *RDP*, 1907, p. 440, note G. Jèze ; *DP*, 1909, III, p. 31 ; *S.*, 1909, III, p. 140.
- CE, 24 déc. 1909, *Commune de la Bassée*, *Rec.*, p. 1023 ; *S.*, 1910, III, p. 49, note M. Hauriou.
- CE, 8 avr. 1911, *Commune de Ousse-Suzan*, *Rec.*, p. 468, concl. G. Pichat ; *S.*, 1913, III, p. 49, note M. Hauriou.
- CE, 11 juill. 1913, *Société française de construction mécanique*, *Rec.*, p. 848.
- CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec.*, p. 125, concl. P. Chardenet ; *D.*, 1916, III, p. 28, concl. P. Chardenet ; *RDP*, 1916, p. 206, concl. P. Chardenet, p. 388 note G. Jèze ; *S.* 1916, III, p. 17, concl. P. Chardenet, note M. Hauriou ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 30.
- CE, 23 juin 1920, *Briançon*, *Rec.*, p. 624.
- CE, 30 juill. 1920, *Ville de Rennes c/ l'État*, *Rec.*, p. 798.
- CE, 14 déc. 1923, *Société des Grands-Moulins de Corbeil*, *Rec.*, p. 851.
- CE, 29 mai 1925, *Décatoire*, *Rec.*, p. 534.
- CE, 22 juill. 1927, *Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine*, *Rec.*, p. 826 ; *D.*, 1928, III, p. 41, note M. Waline.
- CE, 24 janv. 1930, *Société grands travaux de Marseille et autres c/ Ministre de la Marine*, *Rec.*, p. 112.
- CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnau-dary*, *Rec.*, p. 595 ; *D.*, 1932, III, p. 26, concl. P.-L. Josse.
- CE, 15 févr. 1935, *Société française de constructions mécaniques*, *Rec.*, p. 200.
- CE, 6 avr. 1935, *Sieurs Marchesini et Simongiovanni*, *Rec.*, p. 460.
- CE Sect., 7 févr. 1936, *Jamart*, *Rec.*, p. 172 ; *S.*, 1937, III, p. 113, J. Rivero ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 49.

- CE, 5 avr. 1940, *Gay, Vistel et autres*, *Rec.*, p. 136.
- CE, 13 févr. 1942, *Ville de Sarlat*, *Rec.*, p. 49 ; RDP, 1943, p. 349, concl. R. Léonard, note R. B. ; *D.*, 1942, jur., p. 167, note P.-L. J. ; *JCP*, 1943, II, 2419, note R.-E Charlier.
- CE Sect., 9 déc. 1949, *Sieur Chamí*, *Rec.*, p. 542.
- CE, 27 juill. 1950, *Peulabeuf*, *Rec.*, p. 668.
- CE, 17 janv. 1951, *Ville de Joinville-le-Pont*, *Rec.*, p. 24.
- CE, 13 mars 1953, *Compagnie des tramways électriques de l'Ariège*, *Rec.*, p. 135.
- CE, 20 oct. 1954, *Sieur Pithois*, *Rec.*, p. 543 ; *AJDA*, 1954, II, p. 492.
- CE, 24 mars 1956, *Société établissements Motte et Porisse*, *Rec.*, p. 143 ; *AJDA*, 1956, p. 422, obs. R. Drago.
- CE Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167 ; *AJDA*, 1956, II, p. 272, concl. M. Long, p. 221, chron. J. Fournier et G. Braibant ; RDP, 1956, p. 869, concl. M. Long, note M. Waline ; *D.*, 1956, p. 433, note A. de Laubadère ; *RA*, 1956, p. 496, note G. Liet-Veaux ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 72.
- CE Sect., 20 avr. 1956, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard et autres*, *Rec.*, p. 168, *AJDA*, 1956, II, p. 187, concl. M. Long, p. 221, chron. J. Fournier et G. Braibant ; *D.*, 1956, p. 429, concl. M. Long, note P.-L. J. ; RDP, 1956, p. 1058, concl. M. Long, note M. Waline ; *RA*, 1956, p. 496, note G. Liet-Veaux ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 72.
- CE Sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, *Rec.*, p. 202 ; *AJDA*, 1956, II, p. 427, concl. M. Long ; *D.*, 1956, p. 433, note A. de Laubadère ; *RA*, 1956, p. 495, note G. Liet-Veaux ; RDP, 1975, p. 101, note M. Waline.
- CE, 27 mai 1957, *Artaud*, *Rec.*, p. 350.
- CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Rec.*, p. 246 ; *AJDA*, 1958, II, p. 282, concl. J. Kahn ; *D.*, 1958, jur., p. 732, note A. de Laubadère.
- CE Sect., 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, *Rec.*, p. 301 ; *AJDA*, 1958, II, p. 309, chron. J. Fournier et M. Combarous, p. 372, note R. Drago.
- CE Sect., 13 janv. 1961, *Magnier*, *Rec.*, p. 33 ; RDP, 1961, p. 155, concl. J. Fournier ; *AJDA*, 1961, p. 142, note C. P. ; *Dr. soc.*, 1961, p. 335, note M. Teitgen.
- CE, 2 juin 1961, *Sieur Leduc*, *Rec.*, p. 365 ; *AJDA*, 1961, p. 345, concl. G. Braibant.
- CE Sect., 13 juill. 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies et ministre des travaux publics*, *Rec.*, p. 473 ; *AJDA*, 1961, p. 548, concl. P. Nicolay ; RDP, 1962, p. 535, note M. Waline.
- CE, 25 oct. 1961, *Sieur Géronimi*, *Rec.*, p. 592.
- CE, 27 févr. 1963, *Compagnie parisienne d'entreprises*, *Rec.*, p. 123 ; RDP, 1963, p. 629, obs. J. de Soto.
- CE Sect., 10 mai 1963, *Société coopérative agricole de production « La prospérité fermière »*, *Rec.*, p. 288 ; RDP, 1963, p. 584, concl. G. Braibant.
- CE Sect., 13 déc. 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Sieur Merlin*, *Rec.*, p. 623 ; *D.*, 1964, jur., p. 55, concl. G. Braibant ; *AJDA*, 1964, p. 25, chron. J. Fourré et M. Puybasset.
- CE, 12 févr. 1964, *Sieur Lepage*, *Rec.*, p. 97.
- CE, 26 févr. 1964, *Entreprise Louis Segrette et ministre des travaux publics et des transports c/ Entreprise Segrette*, *Rec.*, p. 146 ; *AJDA*, 1964, p. 494, concl. M. Combarous, p. 496, obs. J. Montmerle ; RDP, 1964, p. 729.
- CE Sect., 24 avr. 1964, *Société des Huileries de Chauny*, *Rec.*, p. 245 ; *AJDA*, 1964, p. 297, chron. J. Fourré et M. Puybasset ; RDP, 1964, p. 799, note M. Waline.
- CE Sect., 22 janv. 1965, *Société établissements Michel Aubrun*, *Rec.*, p. 50.
- CE Ass., 26 févr. 1965, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, RDP, 1965, p. 506, concl. L. Bertrand, et 1175 et s, note M. Waline.
- CE Sect., 2 déc. 1966, *Société France-reconstruction-plan*, *AJDA*, 1967, p. 183, concl. J. Fournier.
- CE Sect., 10 mars 1967, *Min. de l'économie et des finances c/ Soc. Samat*, *Rec.*, p. 113 ; *AJDA*, 1967, p. 280, concl. Y. Galmot.
- CE Sect., 13 mai 1970, *Sieur Larue*, *Rec.*, p. 331 ; *AJDA*, 1970, p. 493, chron. R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle.

- CE Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *Rec.*, p. 750, concl. Bertrand ; *AJDA*, 1971, p. 196, chron. H.T.C ; *D.*, 1971, p. 674, note D. Loschak ; *JCP*, 1972, II, p. 17232, note M. Fromont ; *RDP*, 1971, p. 1224, note M. Waline ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 85.
- CE, 20 juill. 1971, *Société civile du domaine du Bernet*, *Rec.*, p. 548.
- CE Sect., 26 nov. 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération (SIMA)*, *Rec.*, p. 723 ; *RDP*, 1972, p. 239, concl. M. Gentot ; *AJDA*, 1971, p. 649, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.
- CE Sect., 17 mars 1972, *Mme Figaroli*, *Rec.*, p. 224 ; *AJDA*, 1972, p. 213, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.
- CE Sect., 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Rec.*, p. 48 ; *CJEG*, 1973, p. 239, concl. M. Rougevin-Baville, note A. Carron ; *RA*, 1973, p. 633, note P. Amslek ; *AJDA*, 1973, p. 358, chron. D. Léger et M. Boyon ; *JCP G*, 1974, II, 17629, note A. Pellet.
- CE, 26 juin 1974, *Société « La maison des isolants de France »*, *Rec.*, p. 365 ; *RDP*, 1974, p. 1491, note J.-M. Auby.
- CE Sect., 18 oct. 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, *Rec.*, p. 496 ; *AJDA*, 1974, p. 535, chron. M. Franc et M. Boyon.
- CE, 19 févr. 1975, *Syndicat des médecins du Rhône et sieur Guy Fradin*, *Rec.*, p. 129.
- CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Rec.*, p. 326 ; *AJDA*, 1975, p. 345, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D.*, 1976, p. 3, note F. Moderne.
- CE Sect., 28 janv. 1977, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Heurtey*, *Rec.*, p. 50 ; *AJDA*, 1977, p. 394, concl. M. Morisot.
- CE Sect., 18 fév. 1977, *Hervouët*, *Rec.*, p. 98, concl. P. Dondoux ; *AJDA*, 1977, p. 255, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius.
- CE Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, *Rec.*, p. 153, concl. J. Massot.
- CE Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, *Rec.*, p. 22 ; *AJDA*, 1979, p. 37, concl. R. Denoix de Saint Marc.
- CE, 14 mars 1980, *SA Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques (CITREM)*, *Rec.*, tab., p. 789.
- CE Sect., 9 mai 1980, *Commune de Champagne-de-Blanzac*, *Rec.*, p. 221 ; *AJDA*, 1981, p. 103, note M. Bélanger.
- CE Ass., 29 avr. 1981, *Ordre des architectes*, *Rec.*, p. 197 ; *AJDA*, 1981, p. 429, note B. Genevois.
- CE, 9 juin 1982, *Centre hospitalier régional de Besançon*, *Rec.*, p. 214.
- CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; *RDP*, 1984, p. 212, note J.-M. Auby ; *RFDA*, 1984, p. 45, note F. Llorens.
- CE, 19 mai 1983, *Bertrand*, *Rec.*, p. 206.
- CE, 19 mai 1983, *Mme Baronnet et autres*, *Rec.*, p. 207.
- CE, 30 sept. 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain et autres*, *Rec.*, p. 392 ; *CJEG*, 1984, p. 16, note D. Delpirou.
- CE Sect., 12 oct. 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, *Rec.*, p. 326 ; *RFDA*, 1985, p. 13, concl. M. Dandelot.
- CE, 8 mars 1985, *Association les amis de la terre*, *Rec.*, p. 73 ; *RFDA*, 1985, p. 363, concl. P.-A. Jeanneney ; *AJDA*, 1985, p. 382, note J. Moreau.
- CE, avis, 6 mars 1986, *GACE*, 3^{ème} éd., 2008, n° 12, p. 161.
- CE, 29 mai 1987, *Union nationale pour l'expertise comptable*, *Rec.*, tab., p. 869.
- CE, 7 oct. 1987, *Société des casinos du Touquet*, *Rec.*, p. 306.
- CE Ass., 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, *Rec.*, p. 2 ; *RFDA*, 1998, p. 25, concl. S. Daël ; *AJDA*, 1988, p. 137, chron. M. Azibert et M. Boisdeffre ; *JCP G*, 1988, II, 21084, note R. Drago ; *RA*, 1988, p. 141, Ph. Terneyre.
- CE, 14 déc. 1988, *Gibert Marine*, *Rec.*, p. 444.
- CE Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, *Rec.*, p. 69, concl. E. Guillaume ; *AJDA*, 1989, p. 391, note J. Dufau ; *JCP*, 1989, II, 21323, note P. Level ; *RFDA*, 1989, p. 619, note B. Pacteau ; *D.*, somm., 1990, p. 67, note Ph. Terneyre.

- CE, 3 mars 1989, *Société Sagatour et Ministre des départements et territoires d'outre-mer*, *Rec.*, tab., p. 905.
- CE, 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français*, *Rec.*, p. 94 ; *AJDA*, 1989, p. 407, note X. Prétot.
- CE, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, *Rec.*, p. 105 ; *RFDA*, 1989, p. 466, concl. M. Fornacciari ; *AJDA*, 1989, p. 315, chron. E. Baptiste et E. Honorat ; *RA*, 1989, p. 341, note Ph. Terneyre.
- CE, 27 oct. 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation*, *Rec.*, p. 766 ; *Rev. Fr. Dr. aérien*, 1990 (n° 175), p. 369, concl. R. Abraham.
- CE, 12 févr. 1990, *Secrétaire d'État auprès du Ministre de l'industrie, des PTT, et du tourisme, chargé des PTT c/ Clouet*, *Rec.*, tab., p. 970 ; *AJDA*, 1990, p. 570, obs. J. Moreau.
- CE, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-à-Mousson c/ OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, *Rec.*, p. 123 ; *CJEG*, 1990, p. 347, concl. P. Hubert ; *AJDA*, 1990, p. 614, note F. Colly ; *D.*, 1991, somm., p. 141, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.
- CE Sect., 28 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie*, *Rec.*, p. 302 ; *RFDA*, 1991, p. 966, concl. H. Legal ; *AJDA*, 1991, p. 693, chron. Ch. Maugué et R. Schwartz.
- CE, 18 oct. 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, *Rec.*, p. 338.
- CE, 4 mars 1992, *Amédé*, *Rec.*, tab., p. 1051.
- CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, *Rec.*, p. 198 ; *AJDA*, 1992, p. 480, chr. Ch. Maugué et R. Schwartz ; *JCP G*, 1993, II, 22014.
- CE, 2 oct. 1992, *Ministre du budget c/ SA Crédit immobilier de la Somme et Commune de la Chapelle-en-Serval*, *Rec.*, p. 351.
- CE, 19 mai 1993, *Commune de Beauval*, *Rec.*, p. 936.
- CE, 1^{er} avr. 1994, *Commune de Menton*, *Rec.*, p. 175 ; *DA*, 1994 (n° 11), p. 1, concl. S. Lasvignes ; *RDP*, 1994, p. 1825, note J.-B. Auby ; *JCP G*, 1994, 1503, obs. M.-Ch. Rouault.
- CE, 8 juin 1994, *Société Codiam*, *Rec.*, p. 294.
- CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, *Rec.*, tab., p. 738.
- CE, 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, *Rec.*, tab., p. 801 ; *AJDA*, 1994, p. 898, concl. Ch. Maugué.
- CE, 20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, *Rec.*, p. 87 ; *DA*, 1996, comm. 307.
- CE Ass., 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, *Rec.*, p. 130 ; *RFDA*, 1996, p. 1169, concl. J.-D. Combrexelle ; *AJDA*, 1996, p. 366, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.
- CE, 10 mai 1996, *Conseil régional de l'Ordre des architectes PACA*, *Rec.*, tab., p. 665.
- CE Sect., avis, 10 juin 1996, *Préfet du département de la Côte d'or*, *Rec.*, p. 198 ; *RFDA*, 1997, p. 83, note J.-Cl. Douence ; *D.*, 1996, jur., p. 269, note N. Van Tuong ; *D.*, 1997, jur., p. 45, note F.-P. Benoît ; *RDI*, 1996, p. 562, note F. Llorens et Ph. Terneyre ; *CMP*, 2004 (n°4), p. 4, note E. Colson.
- CE Ass., 10 juill. 1997, *Cayzeele*, *Rec.*, p. 274 ; *AJDA*, 1997, p. 89, note P. Delvolvé, *AJDA*, 1996, p. 732, chron. D. Chauvaux et Th.-X. Girardot ; *CJEG*, 1996 (n° 526), p. 382, note Ph. Terneyre ; *LPA*, 18 déc. 1996, p. 27, note M. Viviano.
- CE, 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *Rec.*, p. 415 ; *RFDA*, 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl, note Y. Madiot ; *D.*, 1997, jur., p. 441, note C. Le Noan.
- CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, *Rec.*, p. 79 ; *CFP*, 1997 (n° 159), p. 18, concl. L. Touvet ; *DA*, 1997, comm. 210, p. 20, note L. T.
- CE, 14 mars 1997, *Hôpital départemental des Petits Prés*, *Rec.*, p. 85 ; *AJDA*, 1997, p. 899, note F. Rolin ; *RFDA*, 1998, p. 1, note F. Moderne.
- CE, 21 avr. 1997, *Mlle Jubert et autres*, *Rec.*, p. 136.
- CE, 27 juin 1997, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la police nationale*, req. n° 170867.
- CE, 4 juill. 1997, *Région Rhône-Alpes*, *Rec.*, p. 276.
- CE, 12 déc. 1997, *Office national interprofessionnel des fruits légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR)*, *Rec.*, tab., p. 676 ; *DA*, 1998, chron. 4, concl. J.-H. Stahl.
- CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Rec.*, tab., p. 706 ; *JCP G*, 1998, II, 10139, note X. Prétot.

- CE, 14 janv. 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales (FO)*, *Rec.*, p. 9 ; *DA*, 1998, comm. 221, note J.-Cl. B.
- CE Sect., 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, *Rec.*, p. 20 ; *CJEG*, 1998 (n° 545), p. 306, concl. C. Bergeal, p. 269, note F. Moderne.
- CE, 25 févr. 1998, *Commune d'Évreux et SCI du Bois-Jolet*, *Rec.*, tab., p. 696 ; *BJDU*, 1998, p. 102, concl. P. Hubert, obs. L. T.
- CE Ass., 3 juill. 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*, *Rec.*, p. 277 ; *RFDA*, 1998, concl. Ch. Maugué ; *AJDA*, 1998, chron. Ph. Raynaud et P. Fombeur ; *DA*, 1998, comm. 234 ; *JCP G*, 1999, II, 10012, note G. Guiheux ; *LPA*, 13 août 1999, p. 17, note J. Tremeau.
- CE, 6 nov. 1998, *Alcamo*, *Rec.*, tab., p. 988.
- CE, 16 nov. 1998, *Beaumont et autres*, req. n° 174305.
- CE, 1^{er} févr. 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, *RFDA*, 1999, p. 221, note C. Moniolle.
- CE Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *Rec.*, p. 42, concl. C. Bergeal ; *RFDA*, 1999, p. 333, concl. C. Bergeal ; *CJEG*, 1999, p. 181, concl. C. Bergeal ; *AJDA*, 1999, p. 409, chron. Ph. Raynaud et P. Fombeur ; *D.*, 1999, jur., p. 627, note Brunet.
- CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lipietz et autres*, *Rec.*, p. 37 ; *RFDA*, 1999, p. 357, concl. Ch. Maugué, p. 372, note Ph. Terneyre et D. de Béchillon ; *AJDA*, 1999, p. 420, chron. Ph. Raynaud et P. Fombeur ; *RDP*, 1999, p. 1223, note J.-P. Camby ; *DA*, 1999, comm. 138 ; *LPA*, 1^{er} nov. 1999, p. 13, note J.-L. Matt ; *JCP G*, 1999, 2256, obs. M.-Ch. Rouault.
- CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, *Rec.*, p. 61 ; *BJCP*, 1999, p. 444, concl. C. Bergeal, obs. Ch. Maugué.
- CE, 7 mai 1999, *CGT-FO*, *DA*, 1999, comm. 201, note Ch. Maugué.
- CE Sect., 19 nov. 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des Postes et Télécommunications*, *Rec.*, p. 354 ; *LPA*, 19 sept. 2000, note P. Combeau.
- CE Sect., 19 nov. 1999, *Tegos*, *Rec.*, p. 361 ; *RFDA*, 2000, p. 833, concl. J. Arrighi de Casanova ; *JDI*, 2000, p. 742, note J.-F. Flauss ; *RGDIP*, 2000, p. 409, concl. J. Arrighi de Casanova, note S. Lemaire ; *RDP*, 2000, p. 378, obs. Ch. Guettier ; *AJFP*, 2000 (n° 3), p. 10, note F. Berguin.
- CE, 1^{er} mars 2000, *Commune de Morestel et syndicat du collègue de Morestel*, *Rec.*, tab., p. 899 ; *CJEG*, 2000, p. 191, concl. G. Goulard, p. 194, note P. Sablière.
- CE, 20 mars 2000, *Mayer et Richer* ; *AJDA*, 2000, p. 756, note Y. Jégouzo.
- CE, 20 oct. 2000, *Perreau*, *Rec.*, p. 455 ; *BJCP*, 2001, p. 345, concl. E. Mignon ; *D.*, 2001, jur., p. 1919, note D. Chelle et X. Prétot.
- CE Sect., 20 oct. 2000, *Société Citécâble Est*, *Rec.*, p. 457 ; *RFDA*, 2001, p. 359, concl. H. Savoie ; *BJCP*, 2001, p. 54, concl. H. Savoie ; *RDP*, 2001, p. 376, obs. Ch. Guettier ; *DA*, 2001, comm. 56, F. Sabiani.
- CE, 8 nov. 2000, *Commune de Baie-Mahault et société Rhoddlams*, *Rec.*, tab., p. 900.
- CE, 20 déc. 2000, *Conseil des industries française de défense*, *Rec.*, tab., p. 789.
- CE, ord., 9 juill. 2001, *Préfet du Loiret*, *Rec.*, p. 337 ; *AJDA*, 2002, p. 351, note G. Armand ; *D.*, 2002, jur., p. 1582, note A. Legrand.
- CE, 11 juill. 2001, *Dupuis*, *Rec.*, p. 362 ; *DA*, 2001, comm. 240, note R. Schwartz ; *CFP*, déc. 2001, p. 29, note M. Guyomar.
- CE Sect., 11 juill. 2001, *Société des eaux du Nord*, *Rec.*, p. 348, concl. C. Bergeal ; *CJEG*, 2001, p. 496, concl. C. Bergeal ; *BJCP*, 2001, p. 527, concl. C. Bergeal, obs. Ph. Terneyre ; *AJDA*, 2001, p. 853, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 893, note G.-J. Guglielmi ; *LPA*, 24 févr. 2002, p. 14, note R. Moulin ; *RDP*, 2001, p. 1495, note G. Eckert ; *D.*, 2001, doct., p. 2810, note J. Amar ; *Gaz. Pal.*, 2002, jur., p. 98, note J. Sylvestre.
- CE, 27 juill. 2001, *époux Millet*, *Rec.*, tab., p. 890.
- CE, ord., 27 juillet 2001, *Ville d'Étampes*, *Rec.*, tab., p. 1101 ; *AJDA*, 2002, p. 351, note G. Armand.
- CE, 21 déc. 2001, *Perbal*, *Rec.*, p. 666 ; *JCP G*, 2002, II, 10135, note S. Laget.
- CE, 29 juill. 2002, *Société MAJ blanchisserie de Pantin*, *Rec.*, p. 297 ; *BJCP*, 2002, p. 427, concl. D. Piveteau ; *AJDA*, 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *CJEG*, 2003, p. 163, note J. Gourdou et A. Bourrel ; *CMP*, 2002, comm. 207, note F. Llorens.

- CE Ass., Avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, Rec., p. 433, concl. G. Le Chatelier ; RFDA, 2003, p. 291, concl. G. Le Chatelier ; BJCP, 2003, p. 54, concl. G. Le Chatelier.
- CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, Rec., p. 89, concl. D. Piveteau ; BJCP, 2003, p. 221, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugué, R. Schwartz et Ph. Terneyre ; AJDA, 2003, p. 718, chron. F. Donnat et D. Casas ; DA, 2003, p. 23, note A. Ménéménis ; JCP A, 2003, comm. 1285, note F. Linditch.
- CE, 28 mars 2003, *Association maison des jeunes et de la culture*, Rec., tab., p. 934 ; JCP A, 2003, comm. 1517, note J. Moreau.
- CE, 3 nov. 2003, *Union des groupements d'achats publics*, Rec., p. 430 ; DA, 2004, comm. 43, note A. Ménéménis ; AJDA, 2003, p. 2323, note J.-D. Dreyfus ; CMP, 2004, comm. 3, note G. Eckert.
- CE, 12 déc. 2003, *Commune du Lamentin*, Rec., p. 776 ; BJCL, 2004, p. 185, concl. M.-H. Mitjavile.
- CE, 27 févr. 2004, *Centre régional de la propriété foncière de Lorraine-Alsace*, Rec., p. 97 ; BJCL, 2004, p. 463, concl. F. Lamy ; AJDA, 2004, p. 1256, note J.-Ph. Brouant et Y. Jégouzo ; JCP A, 2004, p. 638, note Ph. Billet.
- CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec., p. 193 ; JCP A, 2004, p. 1466, note L. Benoit.
- CE, 28 juill. 2004, *Union cynégétique d'Alsace*, Rec., tab., p. 581 ; BJCL, 2004, p. 682, concl. F. Lamy.
- CE, 15 sept. 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, Rec., tab., p. 628 ; LPA, 24 févr. 2005, p. 19, note S. Laget.
- CE, 24 nov. 2004, *Commune de Veigné*, Rec., tab., p. 730 ; BJCL, 2005, p. 21, concl. D. Chauvaux.
- CE, 29 nov. 2004, *Société des autoroutes du Sud de la France*, Rec., tab., p. 687 ; AJDA, 2005, p. 1182, note M. Ubaud-Bergeron.
- CE, 7 mars 2005, *Comité central d'entreprise de la Banque de France*, Rec., tab., p. 566.
- CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, Rec., p. 128 ; AJDA, 2005, p. 1844, note M. Audit.
- CE, 8 juin 2005, *Ville de Caen c/ Dubois*, Rec., tab., p. 970 ; BJCP, 2005, p. 370, concl. N. Boulouis, obs. Ch. Maugué ; BJCL, 2005, p. 695, concl. N. Boulouis, obs. M. D. ; RJEP, 2005 (n° 626), p. 488, note J.-P. J.
- CE, 5 oct. 2005, *Commune de Maurepas*, Rec., tab., p. 969 ; CMP, 2006, comm. 17, note G. Eckert.
- CE Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, Rec., p. 477 ; RFDA, 2005, p. 1083, concl. D. Casas ; BJCP, 2006, p. 27, concl. D. Casas, obs. Ch. M. et Ph. T. ; RJEP, 2006 (n° 628), p. 57, concl. D. Casas, note F. Lichère ; AJDA, 2006, p. 52, art. A. Ménéménis ; DA, 2006, étude 6, F. Brenet ; comm. 25, note J.-B. Auby ; JCP A, 2006, comm. 1149, note E. Glaser et E. Crépey ; LPA, 18 juill. 2006, p. 20, Ch.-A. Dubreuil.
- CE, 30 nov. 2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, Rec., p. 531 ; RDSS, 2006, p. 263, note L. Dubouis.
- CE, 13 févr. 2006, *La Poste*, Rec., tab., p. 988.
- CE, 19 juin 2006, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles de la Vendée*, Rec., tab., p. 958 ; BJCL, 2006, p. 481, concl. M. Guyomar ; AJDA, 2006, p. 2015, note X. Braud.
- CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, Rec., p. 298 ; DA, 2006, comm. 139 ; Dr. soc., 2006, p. 890, concl. Y. Struillou.
- CE, 13 oct. 2006, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, req. n° 271236
- CE, 13 nov. 2006, *Région Pays de la Loire*, Rec., tab., p. 1082.
- CE, 15 nov. 2006, *Syndicat mixte du parc régional de la montagne de Reims*, Rec., tab., p. 702 ; DA, 2007, comm. 9, p. 22, note P. Trouilly.
- CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, Rec., p. 130 ; BJCP, 2007, p. 230, concl. N. Boulouis ; AJDA, 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; ACCP, 2007 (n° 68), p. 58, note F. Bre-

- net ; *CMP*, 2007, comm. 137, note G. Eckert, étude 14, note F. Lichère ; *D.*, 2007, p. 1937, note M. Dreifuss ; *JCP G*, 2007, I, p. 166, chron. B. Plessix ; *RJEP*, 2007, p. 270, note N. E.
- CE Sect., 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence**, *Rec.*, p. 155 ; *RFDA*, 2007, p. 812, concl. F. Séners, p. 821, note J.-C. Douence ; *RJEP*, 2007, p. 273, concl. F. Séners ; *AJDA*, 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ACCP*, 2007 (n° 68), p. 64, note Ph. Proot ; *CMP*, 2007, comm. 151, note G. Eckert ; *DA*, 2007, comm. 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *JCP G*, 2007, I, p. 166, chron. B. Plessix, II, p. 10132, note M. Karpenschif ; *JCP A*, 2007, comm. 2111, note M. Karpenschif, comm. 2125, note F. Linditch, comm. 2128, note J.-M. Pontier.
- CE, 25 avr. 2007, Fédération nationale de l'aviation civile marchande (FNAM)**, *Rec.*, p. 180 ; *AJDA*, 2007, p. 1105, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski ; *DA*, 2007, comm. 110, note M. Bazex et S. Blazy ; *RJEP*, 2007 (n° 646), p. 350, note B. B. M.
- CE, 27 juin 2007, Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien**, *Rec.*, p. 278 ; *BJCL*, 2007, p. 828, concl. M. Guyomar ; *RJEP*, 2008 (n° 650), comm. 8, p. 19, concl. M. Guyomar ; *DA*, 2007, comm. 129, note M. Bazex et S. Blazy.
- CE Ass., 16 juill. 2007, Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe**, *Rec.*, p. 361, concl. D. Casas ; *RFDA*, 2007, p. 696, concl. D. Casas, p. 923, note D. Pouyau, p. 935, note M. Canedo-Paris ; *RJEP*, 2007, p. 327, concl. D. Casas, note P. Delvolvé ; *RDP*, 2007, p. 1383, concl. D. Casas, note F. Melleray ; *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *BJCP*, 2007, p. 391, concl. D. Casas, obs. Ch. Maugué, R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *CMP*, 2007, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux, comm. 254, note J.-P. Pietri ; *JCP A*, 2007, comm. 2212, note F. Linditch, comm. 2222, note M.-Ch. Rouault ; *JCP G*, 2007, I, 193, chron. B. Plessix, II, 10156, note M. Ubaud-Bergeron, II, 10160, note B. Seiller ; *D.*, 2007, p. 2500, note D. Capitant ; *DA*, 2007, comm. 142, note Ph. Cossalter ; *LPA*, 24 juill. 2007, p. 9, note M. Gaudemet, 21 août 2007, p. 3, note F. Chaltiel, 10 sept. 2007, p. 6, note J.-M. Glatt, 17 oct. 2007, note F. Buy ; *GP*, 2007, p. 3254, note O. Guillaumont ; *Rev. Trésor*, 2007, p. 1140, note J.-L. Pissaloux ; *BJCP*, 2008, p. 79, note A.-M. Leroy et N. Gardères, p. 150, chron. N. Symchowicz et Ph. Proot ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 117.
- CE, 19 déc. 2007, Société Sogeparc-CGST**, *Rec.*, tab., p. 944 ; *BJCP*, 2008, p. 118, concl. N. Boulouis, obs. R. Schwartz ; *AJDA*, 2008, p. 419, note M. Dreifuss.
- CE, 19 déc. 2007, Société Campenon-Bernard**, *Rec.*, p. 507 ; *RDP*, 2008, p. 1159, concl. N. Boulouis, note S. Braconnier ; *RFDA*, 2008, p. 109, note F. Moderne ; *BJCP*, 2008, p. 51, note Ch. Maugué ; *AJDA*, 2008, p. 814, note J.-D. Dreyfus ; *RDP*, 2008, p. 639, Ch. Guettier ; *RJEP*, 2008 (n° 653), p. 16, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *JCP G*, 2008, II, 10113, note J. Martin.
- CE, 21 déc. 2007, Région du Limousin**, *Rec.*, p. 534 ; *RJEP*, 2008, comm. 16, concl. E. Prada-Bordenave ; *BJCP*, 2008, p. 138, concl. E. Prada-Bordenave, p. 142, obs. R. Schwartz ; *AJDA*, 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A*, 2008, comm. 2050, note J.-M. Pontier ; *DA*, 2008, comm. 16 ; *Rev. Trésor*, 2008 (n° 7), p. 553, note J.-L. Pissaloux.
- CE, 22 févr. 2008, Syndicat mixte central de traitement des ordures ménagères de l'agglomération parisienne**, *Rec.*, p. 64 ; *BJCL*, 2008, p. 529, concl. Y. Aguila, obs. B. P.
- CE, 7 mars 2008, Ministre de l'écologie et du développement durable**, *Rec.*, tab., p. 628 ; *BJCP*, 2008, p. 302, obs. R. Schwartz.
- CE, 14 mai 2008, Daviet**, *Rec.*, p. 620 ; *BJCP*, 2008, p. 347, concl. B. Dacosta, p. 350, obs. R. Schwartz.
- CE Ass., 11 juill. 2008, Société Krupp Hazemag**, *Rec.*, p. 273 ; *RFDA*, 2008, p. 951, concl. B. Dacosta, note B. Pacteau ; *RJEP*, 2008 (n° 658), p. 23, concl. B. Dacosta ; *BJCP*, 2008, p. 439, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA*, 2008, 1588, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *DA*, 2008, comm. 137, p. 44, note F. Melleray.
- CE Sect., 18 juill. 2008, Fédération de l'hospitalisation privée**, *Rec.*, p. 290 ; *AJDA*, 2008, p. 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *RDSS*, 2008, p. 966, note D. Cristol.
- CE, 25 juill. 2008, Institut européen d'archéologie sous-marine**, *Rec.*, tab., p. 802 ; *RFDA*, 2008, p. 1123, note F. Melleray.
- CE Ass., 3 oct. 2008, Commune d'Annecy**, *Rec.*, p. 322 ; *RFDA*, 2008, p. 1147, concl. Y. Aguila, note L. Janicot, p. 1240, chron. A. Roblot-Troizier ; *AJDA*, 2008, p. 2166, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *DA*, 2008, comm. 152, note F. Melleray ; *JCP A*, 2008, comm. 2279, note Ph. Bil-

- let ; *LPA*, 2 déc. 2008, p. 7, note J.-L. Pissaloux ; *RJE*, 2009, p. 108, note X. Braud ; *JCP G*, 2009, II, 10028, note B. Mathieu ; *GAJA*, 17^{ème} éd., 2009, n° 118.
- CE Sect., 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, Rec.**, p. 324, concl. B. Dacosta ; *RFDA*, 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP*, 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA*, 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *AJDA*, 2008, p. 2374, note P. Cassia ; *DA*, 2008, comm. 154, p. 47, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A*, 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *LPA*, 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP*, 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *RJEP*, 2009 (n° 661), p. 15, note F. Brenet.
- CE, 24 nov. 2008, *Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, Rec.**, tab., p. 648 et 809 ; *BJCP*, 2009, p. 151, concl. B. Dacosta ; *AJDA*, 2009, p. 319, note J.-D. Dreyfus ; *CMP*, 2009, comm. 7, note G. Eckert ; *DA*, 2009, comm. 19, note F. Melleray ; *JCP G*, 2009, I, 130, p. 27, chron. B. Plessix ; *ACCP*, 2009, p. 71, note S. Gilbert ; *RJEP*, 2009, comm. 21, note G. Pellissier.
- CE, 17 déc. 2008, *Association pour la protection de l'environnement du Lunellois*, Rec.**, p. 464 ; *BJCP*, 2009, p. 141, concl. B. Dacosta ; *AJDA*, 2009, p. 542, note J.-D. Dreyfus ; *RJEP*, 2009 (n° 666), p. 14, note G. Pellissier ; *JCP A*, 2009, comm. 2304, note P. Subra de Bieusses.
- CE, 17 déc. 2008, *Office public d'habitations de Nice et des Alpes-Maritimes*, Rec.**, tab., p. 809.
- CE Sect., 31 déc. 2008, *M. Cavallo*, Rec.**, p. 481, concl. E. Glaser ; *RFDA*, 2009, p. 89, concl. E. Glaser ; *AJDA*, 2009, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *DA*, 2009, com. 41, p. 29, note F. Melleray ; *JCP G*, 2009, I, 130, p. 28, chron. B. Plessix ; *AJFP*, 2009, p. 153, note G. Calley ; *JCP A*, 2009, comm. 2062, note D. Jean-Pierre ; *BJCL*, 2009, p. 365, note S. Macaire-Soykurt.
- CE, 5 févr. 2009, *Association centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes (SCA)*, Rec.**, p. 20 ; *BJCP*, 2009, p. 224, concl. N. Escaut ; *DA*, 2009, comm. 53, p. 34, note F. Melleray ; *JCP A*, 2009, comm. 2103, note A. Guigüe ; *RJEP*, 2009 (n° 668), p. 26, note Ch. Maugüé.
- CE Sect., 8 avr. 2009, *Association ALCALY*, Rec.**, p. 112 ; *RFDA*, 2009, p. 463, concl. N. Boulouis ; *BJCP*, 2009, p. 276, concl. N. Boulouis ; *RJEP*, 2009, p. 16, concl. N. Boulouis ; *JCP A*, 2009, comm. 2215, note O. Guillaumont ; *AJDA*, 2009, p. 2443, chron. P.-A. Jeanneney.
- CE, 3 juin 2009, *Société Aéroports de Paris*, Rec.**, p. 216 ; *RJEP*, 2009 (n° 670), p. 19, concl. B. Dacosta.
- CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, Rec.**, tab., p. 890 ; *RJEP*, 2010 (n° 672), p. 17, note C. Chamard-Heim.
- CE, 1^{er} juill. 2009, *Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon*, Rec.**, p. 247 ; *BJCP*, 2009, p. 411, concl. A. Courrèges ; *JCP A*, 2009, act. 867, comm. 2229, note G. Mollion ; *AJDA*, 2009, p. 1951, note J.-D. Dreyfus ; *CMP*, 2009, comm. 287, note J.-P. Pietri.
- CE, 31 juill. 2009, *Société les sables d'or*, req. n° 303876 ; *AJDA*, 2010, p. 895, note P. Subra de Bieusses.**
- CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, Rec.**, p. 509 ; *RFDA*, 2010, p. 506, concl. E. Glaser, p. 519, note D. Pouyaud ; *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP A*, 2010, comm. 2072, note F. Linditch ; *BJCP*, 2010, p. 138, concl. E. Glaser, p. 153, obs. Ch. Maugüé ; *CMP*, 2010, repère 2, F. Llorens et P. Soler-Couteaux, comm. 123, note Ph. Rees ; *RJEP*, 2010, comm. 30, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *GP*, 2010, p. 743, note J.-L. Pissaloux, p. 949, chron. B. Seiller ; *RDI*, 2010, p. 265, note R. Noguellou ; *JCP G*, 2010, n° 365, chron. B. Plessix ; *RDP*, 2010, p. 553, note H. Pauliat.
- CE, 30 déc. 2009, *Département du Gers*, Rec.**, tab., p. 638 ; *BJCL*, 2010, p. 28, concl. E. Geffray ; *AJDA*, 2010, p. 734, note M. Verpeaux ; *JCP A*, 2010, comm. 2059, note A. Camozzi ; *Dr. env.*, 2010 (n° 176), p. 106, note J.-M. Février ; *DA*, 2010, comm. 34.
- CE, 9 avr. 2010, *Commune de Levallois-Perret*, Rec.**, p. 104.
- CE, 28 mai 2010, *Société Enfiance*, Rec.**, tab., (à paraître).
- CE, 8 oct. 2010, *Société d'HLM un toit pour tous*, Rec.**, tab., (à paraître).
- CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports de Cannes*, Rec.**, tab., (à paraître) ; *DA*, 2011, comm. 3, note F. Brenet ; *RDP*, 2011, p. 562, note H. Pauliat ; *CMP*, 2011, comm. 7, note W. Zimmer.

- CE, 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ M. Girard-Mille*, *Rec.*, (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 64, concl. B. Dacosta, p. 68, note R. Schwartz ; *CMP*, 2011, comm. 36, note P. Devillers.
- CE Sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *Rec.*, (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 36, concl. N. Escaut, p. 53, note R. Schwartz ; *CMP*, 2011, comm. 25, note G. Eckert.
- CE, 12 janv. 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, *Rec.*, tab., (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 150, obs. Ph. Terneyre ; *CMP*, 2011, comm. 89, note J.-P. Pietri.
- CE, 28 janv. 2011, *Département des Alpes-Maritimes*, *Rec.*, tab., (à paraître) ; *CMP*, 2011, comm. 119, note P. Devillers.
- CE, 28 janv. 2011, *Société Cabinet d'Études Marc Merlin*, *Rec.*, tab. (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 90, concl. N. Boulouis, obs. Ch. Maugué ; *CMP*, 2011, comm. 68, P. Devillers.
- CE, 21 févr. 2011, *Société Ophrys*, *Rec.*, (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 133, concl. B. Dacosta, obs. N. Dourlens et R. de Moustier, obs. R. Schwartz ; *CMP*, 2011, comm. 123, note J.-P. Pietri.
- CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *Rec.*, (à paraître) ; *BJCP*, 2011, p. 170, concl. E. Cortot-Boucher ; *AJDA*, 2011, p. 670, chron. A. Lallet et X. Domino ; *CMP*, 2011, comm. 150, note J.-P. Piétri ; *JCP A*, 2011, n° 2171, comm. F. Linditch ; *RDI*, 2011, p. 270, note S. Braconnier ; *AJCT*, 2011, p. 295, note J.-D. Dreyfus ; *DA*, 2011, comm. 46, note F. Brenet et F. Melleray ; *JCP G*, 2011, n° 658, note M. Ubaud-Bergeron.
- CE Sect., 11 juill. 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire*, *Rec.*, (à paraître).

c) Cours administratives d'appel

- CAA Nantes, 11 juin 1992, *Ministre de la culture c/ SARL « Centre dramatique national de Rennes »*, *Rec.*, p. 537.
- CAA Lyon Plén., 30 déc. 1992, *Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères des Combrailles*, *Rec.*, tab., p. 1101.
- CAA Nancy, 19 nov. 1998, *Centre d'étude des systèmes de communication*, req. n° 95NC01349.
- CAA Douai, 17 mai 2000, *Commune d'Hautmont*, req. n° 97DA01074.
- CAA Marseille, 28 déc. 2000, *Société Transmontagne*, *Rec.*, p. 718.
- CAA Lyon, 12 juill. 2001, *Nardone*, req. n° 00LY02426 ; *RFDA*, 2002, p. 735, concl. F. Bourrachot ; *CMP*, 2002, chron. 4, note J.-F. Joye.
- CAA Bordeaux, 29 avr. 2003, *Service départemental d'incendie et de secours*, req. n° 99BX02639.
- CAA Lyon, 7 mai 2003, *Communauté de communes des Vallons du Lyonnais*, req. n° 01LY02009 ; *BJCL*, 2003, p. 663, concl. F. Bourrachot ; *JCP A*, 2003, 2119, p. 1653, note J. Moreau.
- CAA Marseille, 26 juin 2003, *Compagnie générale de stationnement c/ Ville de Toulon*, *Rec.*, tab., p. 863 ; *AJDA*, 2003, p. 2040, J.-D. Dreyfus.
- CAA Douai, 31 mars 2005, *Réseau ferré de France c/ Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, *Rec.*, tab., p. 704.
- CAA Nancy, 11 avr. 2005, *SA Blanchiment de Xonrupt II*, req. n° 03NC00544.
- CAA Nantes, Plén., 30 déc. 2005, *Établissement public d'aménagement de la Loire et de ses affluents (EPALA) c/ Agence de l'eau Loire-Bretagne*, *Rec.*, tab., p. 968 ; *BJCP*, 2006, p. 210, obs. Ch. Maugué ; *AJDA*, 2006, p. 1165, note J.-D. Dreyfus.
- CAA Paris, 2 mars 2006, *commune de Montrouge*, req. n° 03PA02781.
- CAA Marseille, 18 déc. 2006, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* ; *AJDA*, 2007, p. 680, note L. Marcovici.
- CAA Marseille, 9 juill. 2007, *Commune d'Alet-les-Bains*, req. n° 04MA02198 ; *CMP*, 2007, comm. 265, note G. Eckert ; *AJDA*, 2007, p. 2144, note J.-D. Dreyfus.
- CAA Bordeaux, 30 oct. 2007, *Département des Deux-Sèvres c/ Charbonneau* ; *JCPA*, 2008 (n° 4), 2012, p. 17, note J.-F. Brisson ; *JCP A*, 2008 (n° 7), 2031, p. 24, note L. Erstein ; *JCP A*, 2008 (n° 8), 2044, p. 40, note P. Combeau.
- CAA Bordeaux, 6 mai 2008, *Commune de Biarritz*, req. n° 05BX00917 ; *JCP A*, 2008, comm. 2176, note F. Linditch.

CAA Paris, 1^{er} oct. 2009, *Association des amis des Tuileries*, req. n° 08PA04840.
CAA Bordeaux, 1^{er} déc. 2009, *Société quincaillerie Mogalia fils*, req. n° 09BX01451.
CAA Nancy, 7 janv. 2010, *SA Francioli*, req. n° 08NC01821.
CAA Nancy, 20 mai 2010, *Préfet du Doubs*, req. n° 09NC00681 ; *AJDA*, 2010, p. 1667.

d) Tribunaux administratifs

TA Montpellier, 8 juill. 1985, *Dimeglio*, *Rec.*, p. 433 ; *AJDA*, 1986, p. 109, note D. Turpin ; *LPA*, 20 nov. 1985, p. 8, obs. F. Chouvel et Th. Lambert.
TA Strasbourg, 5 déc. 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg et autres c/ Ministre de la recherche et de la technologie*, *Rec.*, p. 442 ; *AJDA*, 1986, p. 100, note C.-A. G ; *RFDA*, 1986, p. 369, concl. J. Raymond, p. 378, note H.-G. Hubrecht.
TA Versailles, 17 janv. 1986, *Commissaire de la République du département de la Seine-et-Marne*, *Rec.*, p. 303.
TA Lyon, 10 déc. 1989, *Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature section Ardèche*, *RJE*, 1990, p. 119.
TA Poitiers, 18 nov. 2004, *Charbonneau c/ Département des Deux-Sèvres* ; *AJDA*, 2005, p. 486, note Y. Gounin.
TA Nice, 22 déc. 2006, *Société Vigitel c/ commune de Fréjus*, *AJDA*, 2007, p. 1482, concl. F. Dieu.
TA Orléans, 10 avr. 2008, *EARL La Guillonnerie*, *BJCP*, 2008, p. 381, obs. Ph. Terneyre.
TA Orléans, 16 juin 2009, *Société Sodichar SAS, Commune de Barjouville* ; *AJDA*, 2009, p. 1958, concl. J. Francfort.

4) Jurisprudence judiciaire

Cass. 1^{ère} Civ., 18 févr. 1992, *Compagnie La mondiale c/ Ville de Roubaix*, *Bull.*, I, n° 59, p. 40 ; *PA*, 17 avr. 1992, p. 21, note B. Pougade ; *RTDCiv.*, 1993, p. 113, obs. J. Mestre.
Cass. 1^{ère} Civ., 18 nov. 1992, *Commune de Pantin c/ Société de construction des 46-48, rue Victor Hugo à Pantin*, n° pourvoi 91-12621.
Cass. 3^{ème} Civ., 15 déc. 1993, *Cts Cruz c/ Mme Godard* ; *JCP G*, 1995, jur., 22366, note D. Mazeaud.
Cass. 1^{ère} Civ., 5 mai 1998, *Atanassoff c/ Crédit industriel et commercial de Paris*, *Bull.*, I, n° 159, p. 107 ; *D.*, 1998, IR, 137 ; *JCP G*, 1998, IV, p. 965.
Cass. 1^{ère} Civ., 16 mars 1999, *Chambre de commerce et d'industrie de Valence c/ Crédit local de France*, n° pourvoi 97-13359, *Bull.*, I, n° 103, p. 67 ; *DA*, mars 2000, p. 7, note Ph. Lagrange.

Index textuel

1) Les textes législatifs

- Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.
- Loi n° 82-610 du 15 juill. 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF*, 16 juill. 1982, p. 2271.
- Loi n° 82-653 du 29 juill. 1982 portant réforme de la planification, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2441.
- Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF*, 14 juill. 1983, p. 2174.
- Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF*, 1^{er} oct. 1986, p. 11755.
- Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF*, 18 janvier 1989, p. 728.
- Loi n° 95-115 du 4 févr. 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, 5 févr. 1995, p. 1985.
- Loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, *JORF*, 29 mai 1996, p. 7912.
- Loi n° 97-940 du 16 oct. 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, *JORF*, 17 oct. 1997, p. 15076.
- Loi n° 99-291 du 15 avr. 1999 relatives aux polices municipales, *JORF*, 16 avr. 1999, p. 5607.
- Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999, p. 9515.
- Loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF*, 11 févr. 2000, p. 2143.
- Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, 13 avr. 2000, p. 5646.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, 16 mai 2001, p. 7776.
- Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JORF*, 16 nov. 2001, p. 18215.
- Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF*, 12 déc. 2001, p. 19703.
- Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF*, 10 sept. 2002, p. 14934.
- Loi n° 2003-590 du 2 juill. 2003 urbanisme et habitat, *JORF*, 3 juill. 2003, p. 11176.
- Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, *JORF*, 2 août 2003, p. 13281.
- Loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF*, 27 nov. 2003, p. 20136.
- Loi n° 2004-803 du 4 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF*, 11 août 2004, p. 14256.
- Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF*, 19 janv. 2005, p. 864.
- Loi n° 2005-157 du 23 févr. 2005 relative au développement des territoires ruraux, *JORF*, 24 févr. 2005, p. 3073.
- Loi n° 2006-450 du 18 avr. 2006 de programme pour la recherche, *JORF*, 19 avr. 2006, p. 5820.
- Loi n° 2006-911 du 24 juill. 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JORF*, 25 juill. 2006, p. 11047.
- Loi n° 2007-209 du 19 févr. 2007 relative à la fonction publique territoriale, *JORF*, 21 févr. 2007, p. 3041.

Loi n° 2007-1631 du 20 nov. 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JORF*, 21 nov. 2007, p. 18993.

Loi n° 2008-136 du 13 févr. 2008 relative à la sécurité des manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attractions, *JORF*, 15 févr. 2008, p. 2778.

Loi n° 2008-735 du 28 juill. 2008 relative aux contrats de partenariat, *JORF*, 29 juill. 2008, p. 12144.

Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, *JORF*, 27 mars 2009, p. 5408.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, p. 7920.

Loi n° 2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF*, 22 juill. 2009, p. 12184.

Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'Environnement, *JORF*, 5 août 2009, p. 13031.

Loi n° 2010-123 du 9 févr. 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF*, 10 févr. 2010, p. 2321.

Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF*, 5 juin 2010, p. 10339.

Loi n° 2010-751 du 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF*, 6 juill. 2010, p. 12224.

Loi n° 2011-156 du 7 févr. 2011 relative à la solidarité dans les domaines de l'alimentation en eau et de l'assainissement, *JORF*, 8 févr. 2011, p. 2472.

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, 19 juin 2004, p. 10994.

Ordonnance n° 2004-148 du 24 nov. 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF*, 25 nov. 2004, p. 19924.

Code de l'action sociale et des familles

- art. L. 14-10-1 II
- art. L. 121-6
- art. L. 222-4-1
- art. L. 311-8

Code de l'aviation civile

- art. L. 213-2-1

Code civil

- art. 2
- art. 509-4°
- art. 1101
- art. 1108
- art. 1116
- art. 1125
- art. 1128
- art. 1131
- art. 1134
- art. 1165
- art. 1371
- art. 1383
- art. 1596
- art. 2044

Code de la construction et de l'habitation

- art. L. 301-5-1
- art. L. 445-1

Code de l'éducation

- art. L. 214-13-VI
- art. L. 216-4
- art. L. 442-5 et s.

Code de l'environnement

- art. L. 333-1 al. 5

Code général des collectivités territoriales

- art. L. 1111-3
- art. L. 1111-4
- art. L. 1115-1
- art. L. 1115-5
- art. L. 1411-2
- art. L. 2122-27
- art. L. 2131-6
- art. L. 3131-2 4°
- art. L. 4141-2 3°

Code des marchés publics

- art. 1^{er}
- art. 34

Code de la recherche

- l'art. L. 329-2

Code de la santé publique

- art. L. 1434-17
- art. L. 1435-3
- art. L. 6114-1 et s.
- art. L. 6141-1
- art. L. 6154-4
- art. L. 6161-2

Code de la sécurité sociale

- art L. 211-2-2
- art.L. 227-1
- art. L. 227-3

Code de l'urbanisme

- art. L. 300-4
- art. L. 300-5

2) Les textes réglementaires

Décret n° 70-1221 du 23 déc. 1970 relatif aux contrats de plan, *JORF*, 25 déc. 1970, p. 11956.

Décret n° 82-804 du 22 sept. 1982 relatif au contrat emploi-formation, *JORF*, 23 sept. 1982, p. 2843.

Décret n° 83-32 du 21 janv. 1983 relatif aux contrats de plan entre l'État et les collectivités territoriales ou des personnes morales autres que les entreprises publiques et privées, *JORF*, 23 janv. 1983, p. 394.

Décret n° 95-81 du 24 janv. 1995 relatif aux péages autoroutiers, *JORF*, 26 janv. 1995, p. 1406.

Décret du 26 oct. 1999 autorisant l'Établissement public d'aménagement de la région de la Défense à opérer une transaction, *JORF*, 27 oct. 1999, p. 16052.

- Décret n° 2000-275 du 24 mars 2000 déterminant les clauses de la convention-type de coordination prévue à l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales, *JORF*, 26 mars 2000, p. 4731.
- Décret n° 2000-764 du 1^{er} août 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent transiger et recourir à l'arbitrage, *JORF*, 6 août 2000, p. 12234.
- Décret n° 2001-1242 du 21 déc. 2001 relatif au fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés, *JORF*, 23 déc. 2001, p. 20478.
- Décret n° 2004-1119 du 19 oct. 2004 portant création de la mission d'appui aux partenariats public-privé, *JORF*, 21 oct. 2004, p. 17821.
- Décret n° 2006-1739 du 23 déc. 2006 autorisant l'École nationale de la magistrature, établissement public administratif, à opérer une transaction, *JORF*, 30 déc. 2006, p. 20082.
- Décret n° 2007-1384 du 24 sept. 2007 portant création de l'Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace, *JORF*, 26 sept. 2007, p. 15760.
- Décret n° 2008-994 du 22 sept. 2008 relatif à la commission consultative d'évaluation des normes, *JORF*, 23 sept. 2008, p. 14677.
- Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *JORF*, 17 juin 2009, p. 9860.
- Décret n° 2010-164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JORF*, 23 févr. 2010, p. 3325.
- Décret n° 2010-326 du 22 mars 2010 relatif au Centre national de la propriété forestière, *JORF*, 25 mars 2010, p. 5868.
- Décret n° 2010-669 du 18 juin 2010 portant création de l'établissement public du musée national Picasso, *JORF*, 19 juin 2010, p. 11142.
- Décret n° 2010-741 du 30 juin 2010 relatif à la définition des zones non couvertes par les réseaux de téléphonie mobile au 1^{er} janv. 2010, *JORF*, 2 juill. 2010, p. 12037.
- Décret n° 2011-52 du 13 janv. 2011 relatif à l'Établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées, *JORF*, 14 janv. 2011, p. 798.
- Arrêté du 19 janv. 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, *JORF*, 19 mars 2009, p. 4953.

Code de l'action sociale et des familles

- art. R. 121-13

Code de commerce

- art. R. 461-2

Code de la construction et de l'habitation

- art. R. 445-5

Code de la défense

- art. R. 3417-21
- art. R. 3417-24
- art. R. 3417-25
- art. R. 3417-24-2° à R. 3417-24-4°

Code de la santé publique

- art. D. 6114-5
- art. D. 6114-1
- art. D. 6114-8
- art. R. 6145-28 et s.

3) Les textes non-réglementaires

- Circulaire du 23 févr. 1989 relative au renouveau du service public, *JORF*, 24 févr. 1989, p. 2526.

- Circulaire du 26 juill. 1989 relative au contrat de programmes locaux de sécurité routière entre l'État et les collectivités locales, *JORF*, 23 sept. 1989, p. 12028.
- Circulaire du 25 janv. 1990 relative au renouveau du service public : centres de responsabilité, *JORF*, 1^{er} févr. 1990, p. 1346.
- Circulaire du 4 déc. 1990 relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond, *JORF*, 29 janv. 1991, p. 1504.
- Circulaire du 26 juill. 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'Etat et des services publics, *JORF*, 28 juill. 1995, p. 11217.
- Circulaire du 12 févr. 1996 relative à la convention centres de responsabilité, *BOMI*, n° 96/1, p. 234.
- Circulaire du 7 juin 1996 relative aux conventions-cadres passées avec certaines associations soumises au régime de la loi de 1901 et subventionnées par l'État, *JORF*, 12 juin 1996, p. 8722.
- Circulaire du 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, *JORF*, 30 oct. 1997, p. 15757.
- Circulaire du 3 juin 1998 relative à la préparation des programmes pluriannuels de modernisation des administrations, *JORF*, 9 juin 1998, p. 8703.
- Circulaire du 2 oct. 1998 relative à la lutte contre la violence en milieu scolaire et au renforcement des partenariats, *JORF*, 11 oct. 1998, p. 15395.
- Circulaire du 7 juin 1999 relative aux contrats locaux de sécurité, *JORF*, 15 juin 1999, p. 8719.
- Circulaire du 1^{er} déc. 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'État et les associations, *JORF*, 2 déc. 2000, p. 19160.
- Circulaire du 24 déc. 2002 relative aux subventions de l'État aux associations, *JORF*, 27 déc. 2002, p. 21697.
- Circulaire du 1^{er} juill. 2006 de la Caisse nationale d'allocations familiales, *La Gazette des communes*, 3 sept. 2007, p. 22.
- Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, *JORF*, 4 août 2006, p. 11665.
- Circulaire du 25 avr. 2007 relative à la mise en œuvre des contrats de projets 2007-2013. Annexes relatives au dispositif de suivi et de gestion des contrats de projets et conventions interrégionales 2007-2013 (document consulté sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr)
- Circulaire du 7 juill. 2008 relative à l'organisation de l'administration départementale de l'État, *JORF*, 9 juill. 2008, p. 11009.
- Circulaire du 7 sept. 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *JORF*, 18 sept. 2009, p. 15230.
- Circulaire du 18 janv. 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, *JORF*, 20 janv. 2010, p. 1138.
- Circulaire du 25 févr. 2011 relative aux circulaires adressées aux services déconcentrés, *JORF*, 1^{er} mars 2011, p. 3635.
- Circulaire du 6 avr. 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *JORF*, 8 avr. 2011, p. 6248.

Index analytique

*(Cet index contient les noms propres cités dans le texte ainsi que les principaux thèmes d'étude.
Les numéros renvoient aux paragraphes)*

- A -

ABRAHAM (R.) : 157
Accord
- de prix : 107
- de volontés : 67
Acte
- Auteur(s) de l'acte : 84 et s.
- Acte-condition : 525 et s.
- Acte-union : 34, 92, et s.
- collectif : 34, 92 et s.
- contrainte : 139, 194 et s.
- de gestion : 355
- détachable : 800-803
- juridique : 37, 520
- mixte : 37
- non décisoire : 430, 794
- non juridique : 29-31
- plurilatéral : 88 et s.
- réglementaire : 1, 107, 485 et s.
- unilatéral : 37-39, 61, 88 et s.,
142
Adhésion : 78-88
Agence régionale de santé : 726
Agent : 410-413
Aléas : 584-587
AMSELEK (P.) : 178, 526, 528
ANCEL (P.) : 35, 187, 189
Annulation : 463-481
Arbitrage : 842
Association : 93, 292, 373, 597, 632,
639
AUBY (J.-B.) : 208, 276, 302, 342, 445
AUBY (J.-M.) : 623
Autonomie de la volonté : 58, 77, 683,
762
Avenant : 765, 771
AYNÈS (L.) : 754

- B -

BAZEX (M.) : 181, 585
BÉCHILLON (D. de) : 258, 520, 526,
811, 817
BÉNOIT (F.-P.) : 165
BERGEL (J.-L.) : 154, 502

BIENVENU (J.-J.) : 256
BONNARD (R.) : 74, 528
BONNIN (J.-Ch.) : 38
Bonne foi : 744 et s.
BOSSUET (J.-B.) : 13
BRAIBANT (G.) : 148, 446, 490, 853
BRÉCHON-MOULENES (CH.) : 750

- C -

Capacité conventionnelle
- et compétence : 272-308
- et contractuelle : 309-336
- et patrimoniale : 325-336
CANEDO (M.) : 373
CARBONNIER (J.) : 169, 275, 390, 815
CARRÉ DE MALBERG (R.) : 344
Catégorie : 15
Cause : 124
CHAPUS (R.) : 76, 629
Charte : 1, 251, 489, 606, 611, 853
- de l'environnement : 821
- des thèses : 412, 845
CHEVALLIER (J.) : 166, 557, 702
Centres de responsabilité : 331
Circulaire : 595, 608
Clause
- clauses-types : 246 et s.
- exorbitante du droit commun :
668-689
- financière : 762
- réglementaire : 126, 234 et s.,
408, 706-709
COLLART-DUTILLEUL (F.) : 3
COMBACAU (J.) : 11, 377
Comité de suivi : 846
Commande publique : 725 et s.
Commune intention des parties : 253
et s.
Compétence administrative : 295-300,
306-308
Conciliation : 844
Conseil d'État (rapport public) : 26,
34, 45, 74, 92, 149, 181, 206, 208, 250,
282, 316, 409, 541, 563-564, 603, 713,
716, 732

- Consentement
- absence : 67
 - acceptation : 78 et s.
 - défaut d'habilitation : 65
 - et négociation : 74 et s.
 - et volonté : 59-62
 - moralité administrative : 64
 - notion : 66
 - obligatoire : 67
 - réciprocité : 89 et s.
 - régularité : 63
- Consultation : 732
- Contractualisation
- et légitimité : 618
 - notion : 3
- Contrat
- accord-cadre : 18, 612
 - apparence : 2, 28
 - avant-contrat : 849
 - avec soi-même : 363-374
 - d'accueil et d'intégration : 80
 - d'adhésion : 81 et s.
 - d'agglomération : 19, 223, 606, 638
 - de bruit : 8
 - de coopération : 730
 - de délégation de service public : 72, 327
 - de développement territorial : 80, 426, 639, 780
 - d'entreprise pluriannuel : 72
 - de pays : 19, 223, 557, 656, 780, 822, 831
 - de paysage : 19, 831
 - de performance : 85, 335, 547, 562, 636, 638, 780
 - de plan (État/région) : 19, 77, 85, 122, 180, 213, 225-239, 454, 532, 559, 576, 585-586, 599, 601-602, 606, 656, 739, 764 et s., 779 et s., 800, 832 et s.
 - de plan (État/entreprise) : 19, 232, 726, 734
 - de plan régional de développement des formations professionnelles : 601, 732
 - de prestation de secours : 429
 - de programme : 19, 122, 223, 472, 512, 548, 578
 - de projets : 119, 223, 232, 238, 244, 247, 304, 552, 559, 726, 739, 809, 832 et s.
 - de recrutement d'agent public : 797
 - de régulation économique : 181, 795
 - de responsabilité parentale : 80
 - de revitalisation : 119, 201, 202, 822
 - de rivière : 8, 598
 - de service public : 236, 549, 689
 - de ville : 119, 223, 576, 606, 780, 800
 - d'objectifs et de moyens : 10, 19, 72, 85, 98, 151, 160, 180, 316, 335, 347, 512, 546-547, 568, 705, 836
 - d'objectifs et de performance : 19, 41, 547, 831
 - d'objectifs territorialisés : 19, 223
 - « emploi-formation » : 105
 - « enfance et jeunesse » : 223
 - et convention : 35-36
 - fiscal : 404
 - *in house* : 728
 - local de santé : 606
 - local de sécurité : 10, 161, 223, 247, 430, 452, 454, 512, 589, 606, 638, 656, 704, 739, 836
 - marché public : 75, 327, 612, 677, 702, 761
 - partenariat public-privé : 72, 239
 - particulier : 251, 611
 - régional d'aménagement rural : 822
 - synallagmatique : 130
 - territorial de développement durable : 19
 - triennal de modernisation : 567
 - unilatéral : 130-134
 - urbain de cohésion sociale : 119, 223, 512, 606-607, 639, 656, 696, 780
 - utilisation du - : 1, 517
- Convention
- convention CSA : 80
 - convention-loi : 34
 - culture et santé : 567

- d'administration (généralités) : 5, 7, 40-42
- d'administration (objets) : 389-391
- d'administration (terminologie) : 22-25
- d'administration entre personnes privées : 666
- d'administration interne : 311-319
- de coordination : 426
- de partenariat : 676, 780
- d'objectifs et de gestion : 19, 610, 726
- d'utilité sociale : 19, 74, 180, 666, 732
- élaboration : 242 et s.
- générales d'exécution, de suivi et d'évaluation : 635 et s.
- utilisation de la - : 1, 527

- D -

DAËL (S.) : 235, 455
Décentralisation : 543 et s.
Décision de signer : 308, 800 et s.
Déclaration d'intention : 149, 182, 457, 801
Déclaration d'utilité publique : 809, 822
Déféré préfectoral : 796-799
DELCROS (B.) : 357, 367
DELVOLVE (P.) : 101, 114, 133, 135, 168, 172, 191, 206, 232, 308, 371, 389, 408, 454, 421, 479, 494, 516, 529, 719
DEMOGUE (R.) : 173
Directives
- administratives : 30, 114, 178
- communautaires : 291
- conventionnelles : 177-183
DONNEDIEU DE VABRES : 76
DOUENCE (J.-Cl.) : 314, 716, 738, 765
DRAGO (R.) : 122, 786
DREYFUS (J.-D.) : 149, 612, 754
Droit civil : 35-36
Droit communautaire : 11, 719 et s.
Droit de la concurrence : 719 et s.
Droit international public : 11
DUGUIT (L.) : 4, 34, 82, 92-94, 162, 279, 351, 520, 527
DUPUIS (G.) : 97, 112

Durée des conventions : 588-593

- E -

Effet relatif : 117-120
Effets déclencheurs
- de compétences : 532-535
- de droits : 536-540
- mécanisme : 525-531
Effets d'encadrement : 541 et s.
EISENMANN (Ch.) : 34, 40, 95, 102, 165
Entreprise publique : 813
Établissements publics : 545-550
État : 341 et s., 541 et s.
Exception d'illégalité : 824-825
Exception d'inexécution : 135-136

- F -

FABRE-MAGNAN (M.) : 372, 815
FATÔME (E.) : 499
Faute : 852 et s.
Force obligatoire : 184-192
Formalisme : 57, 677, 751
FOURNIER (J.) : 749

- G -

GAHDOUN (P.-Y.) : 220
GAUDEMET (Y.) : 149, 220, 546, 623, 731
Gentlemen's agreement : 358-360
GHESTIN (J.) : 185, 209
GLASER (E.) : 749
GOUGET (L.) : 326
GOURDOU (J.) : 477
Groupement
- d'achats : 294
- d'intérêt public : 557, 707
GUYOMAR (M.) : 179

- H -

Habilitation : 271 et s.
HART (H.L.A.) : 170, 199
HAURIOU (A.) : 586
HAURIOU (M.) : 82, 85, 308, 356, 376, 416, 592, 756
HAUSER (J.) : 367
HECQUARD-THÉRON (M.) : 10, 122

- I -

Impérativité : 142 et s.
- et précision des énoncés : 147 et s.
- et teneur des énoncés : 162 et s.
Incapacité : 275, 286, 298, 303
Incompétence : 306 et s.
Indicateurs : 837 et s.
Intérêt général : 457
Interprétation : 249 et s.

- J -

JACQUOT (H.) : 228
JÉGOUZO (Y.) : 8, 74, 320, 411, 586
JEZE (G.) : 38, 131, 279, 528
Juge
- accès : 789 et s.
- de l'excès de pouvoir : 809 et s.
- de plein contentieux : 806 et s.

- K -

KELSEN (H.) : 96, 102, 123, 130, 169, 177, 185, 194, 198, 200, 526

- L -

LABETOULLE (D.) : 312, 659
LAFAX (J.-F.) : 190, 473
LARROUMET (Ch.) : 352, 365
LASRY (C.) : 632
LAUBADÈRE (A. de) : 18, 25, 34, 60, 71, 80, 88, 101, 122, 133, 135, 168, 172, 191, 206, 276, 308, 381, 388, 389, 408, 479, 494, 529, 655, 727, 765, 773, 849
LÉCUYER (H.) : 180
Liberté contractuelle : 727
Libre administration : 222 et s., 555 et s.
LICHÈRE (F.) : 630
LINDITCH (F.) : 289, 292
LLORENS (F.) : 136, 255, 729, 752, 761, 763
Loi : 1
- compétence : 216 et s.
- interdictions légales : 425-427
LOMBARD (M.) : 749

Loyauté : 185, 744 et s.
LUCHAIRE (F.) : 218

- M -

MADIOT (Y.) : 39, 228
MALAURIE (Ph.) : 275
Mandat : 373, 632
MARTY (G.) : 365
Mauvaise foi : 744 et s.
MAYER (P.) : 296
Médiation : 845
MESCHERIAKOFF (A.-S.) : 202, 311, 378
MICHOD (L.) : 267, 343, 346, 366
Ministre : 564 et s.
MODERNE (F.) : 101, 133, 135, 168, 172, 191, 206, 232, 308, 312, 389, 408, 479, 494, 553, 645, 661, 688
Modification unilatérale
- changement de circonstances : 765 et s.
- équilibre financier : 762
- fondement juridique : 191, 761 et s.
Moralisation des relations : 64, 744 et s.
MOREAU (J.) : 347, 380, 442 et s., 475
MORISOT (M.) : 751
Moyen
- d'ordre public : 275
- méconnaissance des clauses : 852 et s.

- N -

Négociation : 70 et s.
- et consentement : 74 et s.
- légitimation de l'action : 73
Norme
- et précision : 146 et s.
- et sanction : 194 et s.
Notion fonctionnelle : 262

- O -

Obligation
- civile : 220
- de moyens : 171-175
- de résultat : 171-175
- notion : 163-170

ODENT (R.) : 154

Offre de concours : 131-134

Orientation conventionnelle : 594-615

Organisation du service public : 407-409

- P -

Pacta sunt servanda : 185, 188, 190

Parties (égalité) : 85

PASQUIER (Cl. du) : 205

PÉQUIGNOT (G.) : 21, 59, 81, 120, 122, 188, 253, 387

Personne juridique (unité) : 341 et s.

PETIT (J.) : 437, 452, 494

PIVETEAU (D.) : 216

Planification : 519, 577, 720, 779

PLESSIX (B.) : 748

Police administrative : 399-403

PONTIER (J.-M.) : 39, 119, 228, 854

Pouvoir

- de contrôle : 757

- hiérarchique : 562 et s.

POUYAUD (D.) : 447, 476, 480, 484, 491, 499, 578

PRADA-BORDENAVE (E.) : 149

Préambule de la Constitution : 157

Principe(s)

- de transparence : 719, 725 et s.

- généraux du droit : 154

- stabilité des relations : 757 et s.

Promesse unilatérale : 105

Protocole d'accord : 1, 148, 189, 251-252, 312, 318

Publicité des conventions

d'administration : 733-742

- Q -

Qualification juridique : 4, 14-15,

- critère lié à la compétence juridictionnelle : 621

- critère lié aux clauses : 668 et s.

- critère lié aux objets : 690 et s.

- critère lié aux sujets : 625 et s.

- qualification légale : 620

- volonté des parties : 253 et s., 622

Quasi-contrat : 18, 23, 807, 848

Quasi-délit : 807, 848-851

- R -

RAYNAUD (P.) : 365

Réciprocité

- des consentements : 89 et s.

- des stipulations : 109 et s.

Recours

- de plein contentieux : 791 et s.

- Intérêt pour agir : 800 et s.

- pour excès de pouvoir : 800-803

Requalification : 488-502

Résiliation unilatérale : 772-780

Responsabilité

- contractuelle : 852

- conventionnelle : 853 et s.

- préjudice : 849-850, 852 et s.

- promesse : 848

- quasi-contractuelle : 848 et s.

- quasi-délictuelle : 848 et s.

REUTER (P.) : 174

Révision générale des politiques publiques : 13, 837

RICHER (L.) : 73, 191, 242, 279, 321, 446, 468, 572, 729, 748, 771, 810, 843

RIPERT (G.) : 83

RIVERO (J.) : 12, 71, 80, 82, 96, 204, 449, 564

RIVET (R.) : 681

ROLIN (F.) : 291, 321, 654

ROMIEU (J.) : 194

ROUYERE (A.) : 375, 377, 379, 381

- S -

Sanction : 193-210

SAINT-PAUL (G.) : 355

SALEILLES (R.) : 82, 344

Science administrative : 12-13

SEILLER (B.) : 313, 359, 628, 733

Service public

- attribution du – : 691-698

- exécution du – : 699-705

- obligations de – : 696

- organisation du – : 706-709

SOLER-COUTEAUX (P.) : 752

SOTO (J. de) : 672

Spécialité : 298

Statut des agents : 410-413

Stipulation

- directive : 176-182

- obligatoire : 163-175

- pour autrui : 118, 127
Subvention : 537 et s.
Sujet de droit : 267 et s.
SUR (S.) : 11, 377

- T -

TERNEYRE (Ph.) : 122, 136, 209, 213,
219, 228, 477, 789, 856
Tiers : 791 et s.
TIMSIT (G.) : 140, 178
Transaction : 303, 841
TROPER (M.) : 43
TRUCHET (D.) : 25, 228, 437
TUSSEAU (G.) : 22, 277, 287, 297-300
Tutelle : 544 et s.

- V -

VASSEUR (M.) : 170
VEDEL (G.) : 262
Vices
- du consentement : 63 et s.
- propres : 798, 825
VIRALLY (M.) : 44, 194, 203
VIVIEN (A.-F.) : 38
Vœux : 457-458
Volonté
- et consentement : 59-62

- W -

WALINE (J.) : 136, 192, 249, 294
WALINE (M.) : 18, 591
WEBER (Y.) : 276
WEIL (P.) : 159, 510, 619, 630, 690

- Z -

ZOLLER (É.) :

Bibliographie*

I. – OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

a) Théorie du droit

- BÉCHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003.
- HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, rééd. Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. « Léviathan », 1996.
- KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997.
- PASQUIER (Cl. du), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Delachaux et Niestlé, 5^{ème} éd., 1979.
- PERELMAN (Ch.) (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971.
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, rééd. Dalloz, 2005.
- TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et GRZEGORCZYK (Ch.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ/Bruylant, 2005.
- VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1960.

b) Droit public

- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 2 t., LGDJ, 3^{ème} éd., 1984.
- AUTIN (J.-L.) et RIBOT (C.), *Droit administratif général*, Litec, coll. « Objectif droit », 5^{ème} éd., 2007.
- BÉNOÎT (F.-P.), *Le droit administratif*, Dalloz, 1968.
- BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1943.
- BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Presses de Sciences-po/Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7^{ème} éd., 2005.
- BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics*, éditions du Moniteur, 3^{ème} éd., 2009.

* Cette bibliographie dresse une liste sélective des documents utilisés pour la composition de la thèse, elle ne prétend donc pas à l'exhaustivité. La présentation adoptée est la plus épurée possible. Les conclusions et notes de jurisprudence ne figurent pas dans ce recensement doctrinal dans la mesure où elles sont présentées dans l'index jurisprudentiel.

- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^{ème} éd., t. 1, 2001.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008.
- CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 2007.
- COLSON (J.-Ph.) et IDOUX (P.), *Droit public de l'économie*, LGDJ, coll. « Manuel », 5^{ème} éd., 2010.
- DEBBASCH (Ch.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, Economica, 9^{ème} éd., 2010.
- DELVOLVÉ (P.), *L'acte administratif*, Sirey, coll. « Droit public », 1983.
- DELVOLVÉ (P.), *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. « Précis », 1998.
- DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., E. de Boccard, 3^{ème} éd., t. 1, 1927, t. 2, 1928, t. 3, 1930.
- DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 4^{ème} éd., 1923, rééd. Panthéon-Assas, 2007.
- DU MARAIS (B.), *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science Po/Dalloz, 2004.
- DUPUIS (G.), GUÉDON (M.-J.) et P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, Armand Colin, coll. « U », 12^{ème} éd., 2010.
- EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. 1, 1982, t. 2, 1983.
- FORGES (J.-M. de), *Droit administratif*, PUF, coll. « Premier cycle », 6^{ème} éd., 2002.
- FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 6^{ème} éd., 2010.
- GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 1, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001.
- GUETIER (Ch.), *Droit des contrats administratif*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2008.
- GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.) et DUMONT (G.), *Droit du service public*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2^{ème} éd., 2007.
- HAURIOU (M.), *La gestion administrative*, Larose et Forcel, 1899.
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002.
- JÈZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, Marcel Giard, t. 1, 1925, rééd. Dalloz, 2005 ; t. 2, 1930, t. 3, 1926 rééd. Dalloz, 2004, t. 4 (vol. 1, 1934 ; vol. 2 et 3, LGDJ, 1936).
- JÈZE (G.), *Cours de Droit public. Théorie générale des contrats de l'Administration (formation et exécution)*, Marcel Giard, 1931.
- LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.) et DEFFIGIER (C.), *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis », 15^{ème} éd., 2010.
- LAUBADÈRE (A. de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 3 t., LGDJ, 1956.
- LAUBADÈRE (A. de), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., t. 1, 1983, t. 2, 1984.
- LICHÈRE (F.), *Droit des contrats publics*, Dalloz, coll. « Memento », 2005.
- LOMBARD (M.) et DUMONT (G.), *Droit administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », éd., 8^{ème} éd., 2009.

- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 18^{ème} éd., 2011.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit public économique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1996.
- MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit public français*, 2 t., LGDJ, 2^{ème} éd. par L. Trotabas, 1924.
- MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2009.
- MOREAU (J.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989.
- NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. « Domat. Droit public », 2^{ème} éd., 2010.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, 6^e éd., fasc. I à VI, Les Cours de droit, 1977-1981, rééd. Dalloz, 2 t., 2007.
- RICHER (L.), *Les contrats administratifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1991.
- RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. « Manuel », 7^{ème} éd., 2010.
- ROLLAND (L.), *Précis de droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd. 1951.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.), DENOIX DE SAINT MARC (R.), LABETOULLE (D.), *Leçons de droit administratif*, Hachette, Coll. « PES », 1989.
- SEILLER (B.), *Droit administratif*, 2 t., Flammarion, coll. « Champs université », t. 1, 4^{ème} éd., 2011, t. 2, 3^{ème} éd., 2010.
- STASSINOPOULOS (M.), *Traité des actes administratifs*, Coll. de l'institut français d'Athènes, 1954.
- TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 4^{ème} éd., 2011.
- VEDEL (G.) et DELVOLVÉ (P.), *Droit administratif*, 2 t., PUF, coll. « Thémis », 12^{ème} éd., 1992.
- WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 23^{ème} éd., 2010.
- WALINE (M.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6^{ème} éd., 1950.
- WALINE (M.), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, t. 1, 1969, t. 2, 1970.
- WEIL (P.) et POUYAUD (D.), *Le droit administratif*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 23^{ème} éd., 2010.

c) Droit privé

- BÉNABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 12^{ème} éd., 2010.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., t. 1, 2010, t. 2, 2010.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 3^{ème} éd., 2011.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010.
- GAUDEMÉT (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. 3, Economica, 6^{ème} éd., 2007.

- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.
- MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil. Obligations*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998.
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, réimp. LGDJ, 1994.
- SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridique*, Arthur Rousseau, 1910, réimp. La mémoire du droit, 2003.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 10^{ème} éd., 2009.

II. – OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Journées nationales, t. 13, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.
- BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004.
- CAILLOSSE (J.) et HARDY (J.), *Droit et modernisation administrative*, La documentation française, DGAFP, 2000.
- CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration. Recherche sur la politique du droit administratif*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008.
- CAILLOSSE (J.), *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2009.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Recherches et travaux du réseau européen Droit et société à la Maison des Sciences de l'Homme, 2007.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.
- CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998.
- GAUDIN (J.-P.), *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po, 2^{ème} éd., 2007.
- GERARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1996.
- GRIDAUH, *Contractualisation et territoires : les contrats d'agglomération*, Cahiers du GRIDAUH, 2005, n° 12.
- JAMIN (Ch.) (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008.
- LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.) (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009.
- MARCOU (G.), RANGEON (F.) et THIÉBAULT (J.-L.) (dir.), *La coopération contractuelle et le gouvernement des villes*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997.
- MODERNE (F.), *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, coll. « Droit public », 1995.
- MOULIN (O.) (dir.), *Les contrats de plan État-régions*, La documentation française, 2002.

- PERRIQUET (E.), *Les contrats de l'État*, Marchal et Brillard, 2^{ème} éd., 1890.
- PONTIER (J.-M.), *Les contrats de plan entre l'État et les régions*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1998.
- SFEZ (L.), *L'administration prospective*, Armand Colin, 1970.
- TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.
- THIBIERGE (C.) (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.
- TIMSIT (G.), *Archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997.

III. – THESES

- AUBY (J.-B.), *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux, 1979.
- BARLOY (F.), *Le contrat et la norme juridique en droit public français. Contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat*, th. Montpellier I, 1995.
- BAUDOT (E.), *Recherches sur les rapports entre Administrations publiques en droit administratif français*, th. Nancy, EDG. Thomas, 1913.
- BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, th., PUF, coll. « Léviathan », 1994.
- BELRHALI (H.), *Les coauteurs en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 231, 2003.
- BÉNABENT (E.), *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, th. Paris II, 1979.
- BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, th., LGDJ, coll. « BDP_r », t. 132, 1973.
- BERNARD-DOUCHEZ (M.-H.), *La coopération entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1979.
- BLUMANN (Cl.), *La renonciation en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 113, 1974.
- BONFILS (P.), *Les principaux aspects administratifs de l'économie contractuelle*, th. Bordeaux, 1967.
- BOY (L.), *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, th. Nice, 1979.
- BRENET (F.), *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, th. Poitiers, 2002.
- BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *La nature juridique des conventions collectives de travail*, th. Bordeaux, 1921.
- CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 259, 2009.
- CAPITANT (R.), *Introduction à l'étude de l'illicite, l'impératif juridique*, th., Dalloz, 1928.
- CHEVALIER (F.), *Contribution à l'étude des actes directifs*, th. Paris II, dactyl., 1976.
- CLUZEL-MÉTAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 52, 2006.
- COLLET (M.), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 233, 2003.
- CONSTANS (L.), *Recherches sur la notion et la classification des personnes morales administratives*, th., Dalloz, 1966.
- CORNELOUP (V.), *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, th. Paris II, 2000.

- COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 210, 2000.
- DÉAU (R.), *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, th. Angers, 2006.
- DELCUSY (P.), *Le quasi-contrat en droit administratif*, th. Paris, 1931.
- DELACOUR (É.), *La notion de convention de délégation de service public. Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif*, th. Paris II, 1997.
- DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés – contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 172, 1993.
- DELAUNAY (B.), *La faute de l'administration*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 252, 2007.
- DELCROS (B.), *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 122, 1976.
- DELVOLVÉ (P.), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 88, 1969.
- DI QUAL (L.), *La compétence liée*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 54, 1964.
- DOLEZ (B.), *Coopération décentralisée et souveraineté de l'État. Contribution à l'étude du régime juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales*, th. Lille II, 1993.
- DOLLAT (J.), *Les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1905.
- DRAPIER (S.), *Les contrats imparfaits*, th., PUAM, 2001.
- DREYFUS (J.-D.), *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997.
- DUBOIS (J.-P.), *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 143, 1982.
- FLÉCHER-BOURJOL (D.), *La politique contractuelle dans l'administration locale : analyse et essai d'interprétation*, th. Montpellier I, 1978.
- FLEURIET (M.), *Les techniques de l'économie concertée*, LGDJ, coll. « BDC », t. 26, 1974.
- FOLLIOT (L.), *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, th., Paris II, 1994.
- FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 480, 2007.
- FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 25, 2003.
- FROSSARD (J.), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 67, 1965.
- GAHDOUN (P.-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 76, 2008.
- GALIAY (Cl.), *Les contrats entre personnes publiques*, th. Toulouse, 1978.
- GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 273, 1996.
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 108, 1972.
- GODELAIN (S.), *La capacité dans les contrats*, th., LGDJ/Fondation Varenne, coll. « Collection des Thèses », vol. 11, 2007.
- GOUGET (L.), *Théorie générale du contrat avec soi-même*, th., Charles Valin, 1903.
- GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 502, 2009.

- HADJIDINAS (J.), *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs*, th. Paris, 1966.
- HECQUARD-THÉRON (M.), *Essai sur la notion de réglementation*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 126, 1977.
- HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 260, 2009.
- HOUSER (M.), *L'intervention de l'État et la coopération entre communes*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009.
- HUBRECHT (H.-G.), *Les contrats de service public*, th. Bordeaux I, 1980.
- IZAC (L.), *L'autorité du contrat. Essai d'une théorie sur l'ordre juridique subjectif*, th. Toulouse, 2006.
- JACQUOT (H.), *Le statut juridique des plans français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 110, 1973.
- JOYE (J.-F.), *L'action économique territoriale. Outils juridiques et logiques d'acteurs*, th., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002.
- LAFaix (J.-F.), *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 87, 2009.
- LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, coll. « BDPPr », t. 505, 2009.
- LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.
- LICHÈRE (F.), *Les contrats administratifs entre personnes privées. Représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, th. Montpellier I, 1998.
- LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 412, 2004.
- LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 176, 1997.
- LLORENS (F.), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 139, 1981.
- LOMBARD (F.), *La cause dans le contrat administratif*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 77, 2008.
- LOMBARD (M.), *Recherches sur le rôle de la bonne et de la mauvaise foi en droit administratif français*, th. Strasbourg, 1978.
- LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 441, 2005.
- MADIOT (Y.), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 103, 1971.
- MAHOUACHI (M.), *La liberté contractuelle des collectivités locales*, th., PUAM, 2002.
- MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 96, 2010.
- MARTIN (J.), *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, th. Paris 2, 2008.
- MEKKI (M.), *L'intérêt général et contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., LGDJ, coll. « BDPPr », t. 411, 2004.
- MELLERAY (G.), *La tutelle de l'État sur les communes*, th., Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1981.
- MERLE (E.) et LOUIS (S.), *Les ambiguïtés de la planification décentralisée : l'expérience des contrats de plan*, th. Amiens, 1986.

- NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 163, 1979.
- NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 241, 2004.
- PELLÉ (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 64, 2007.
- PELLETIER (M.), *Les normes du droit fiscal*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 78, 2008.
- PÉQUIGNOT (G.), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, th. Montpellier, Pedone, 1945.
- PICARD (É.), *La notion de police administrative*, 2 t., th., LGDJ, coll. « BDP », t. 146, 1984.
- PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th., Panthéon-Assas, 2003.
- PONTIER (J.-M.), *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 127, 1978.
- POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 158, 1991.
- PY (P.), *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 124, 1976.
- REGOURD (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 142, 1982.
- RIEG (F.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1961.
- RIVERO (J.), *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, th., Sirey, 1934.
- ROLIN (F.), *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris II, 1997.
- ROUBIER (P.), *Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public*, th. Lyon, Arthur Rousseau, 1914.
- ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
- ROUVIÈRE (J.), *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, th. Paris, 1930.
- SAILLANT (E.), *L'exorbitance en droit public*, th., Dalloz, coll. « NBT », t. 109, 2011.
- SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th, LGDJ, BD privé, t. 264, 1997.
- SESTIER (J.-F.), *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Th. Lyon III, 1988.
- STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 197, 1999.
- STEINMETZ (M.-P.), *Les conventions entre personnes publiques territoriales dans le cadre de la décentralisation*, th. Metz, 1989.
- SUDRE (J.), *La compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, th. Paris, 1928.
- TERNEYRE (Ph.), *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, *Économica*, coll. « Science et Droit administratif », 1989.
- TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, th., Dalloz, coll. « NBT », vol. 60, 2006.
- VAUTROT-SCHWARZ (Ch.), *La qualification en droit administratif*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 263, 2009.
- VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th., Sirey, 1934.
- VIER (Ch.-L.), *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, th. Paris II, 1972.
- WEBER (Y.), *L'administration consultative*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 82, 1968.

- ZAKSAS (J.), *Les transformations du contrat et leur loi – Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, th. Toulouse, 1939.
- ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, th., Pedone, t. 28, 1977.

IV. – ARTICLES

- AGUILA (Y.), « Les contrats d'objectifs : une nouvelle étape pour les cours administratives d'appel », *AJDA*, 2003, p. 4.
- ALBERT (J.-L.), « La charte intercommunale de développement et d'aménagement : un outil au service du développement local ? », *RA*, 1984, p. 637.
- ALIBERT (B.), « Le pacte en droit privé », *D.*, 1996, chron., p. 73.
- ALLEMAND (R.), « La gestion conventionnelle des cours d'eau », *Droit de l'environnement*, 2005 (n° 125), p. 30.
- AMSELEK (P.), « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe », *RA*, 1973, p. 633.
- AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275 ; reprod. in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 129.
- AMSELEK (P.), « La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence », *AJDA*, 1983, p. 3.
- AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *APD*, 1987, p. 305.
- AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Mélanges A. Rieg, Bruylant*, 2000, p. 33.
- AMSELEK (P.), « La teneur indéterminée du droit », *RDP*, 1991, p. 1199.
- AMSELEK (P.), « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Architecture du droit. Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 51.
- AMSELEK (P.), « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *RRJ*, 2008, p. 1847.
- ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDC*, 1999, p. 771.
- ANCEL (P.), « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, p. 15.
- ANDRÉ (J.-M.), « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *AJDA*, 1976, p. 20.
- ANDRÉ (M.-E.) et RAYNARD (J.), « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 1, p. 783.
- AOUIJ MRAD (A.), « Le contrat administratif en Tunisie : étude jurisprudentielle », in *Confluences. Mélanges J. Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 171.
- ARRIGHI DE CASANOVA (E.), « Les quasi-contrats du Plan », *Dr. soc.*, 1965, p. 341.
- ATIAS (Ch.), « Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé », *RRJ*, 1982, p. 219.

- ATIAS (Ch.), « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008, p. 3.
- AUBY (J.-B.), « Un nouveau cours pour l'intervention économique », in *Mélanges J. Lajugie*, éd. Bière, 1985, p. 466.
- AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673.
- AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159.
- AUBY (J.-B.), « Régulation et droit administratif », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 209.
- AUBY (J.-M.), « Les contrats portant occupation du domaine public », *D.*, 1953, chron., p. 99.
- AUBY (J.-M.), « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1.
- AUBY (J.-M.), « Le régime juridique des avis dans la procédure consultative », *AJDA*, 1956, p. 53.
- AUBY (J.-M.), « Le contrat administratif en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1979, p. 495.
- AUTIN (J.-L.), « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 2, p. 129.
- AVENTUR (J.), « Les contrats de pays dans les vallées des Pyrénées atlantiques », in *Mélanges J. Lajugie*, Bière, 1985, p. 480.
- BAILLY (P.), « La contractualisation des plans de sauvegarde de l'emploi », *GP*, 14 août 2007 (n° 226), doct., p. 2432.
- BARATE (C.), « Les relations contractuelles État-Collectivités locales », *RA*, 1977, p. 475.
- BARLOY (F.), « Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 2, p. 47.
- BARTHÉLÉMY (J.), « L'État et le contrat », *RDP*, 1911, p. 129.
- BATAILLER (F.), « Une nouvelle technique d'économie concertée, les quasi-contrats pour l'exécution du plan », *Rev. sc. fin.*, 1964, p. 365.
- BATIFFOL (M.), « La crise du contrat et sa portée », *APD*, 1968, p. 13.
- BAZEX (M.), « Actualité du droit public économique », *AJDA*, 1983, p. 241.
- BAZEX (M.), « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 68.
- BAZEX (M.), « À la recherche de l'autonomie des entreprises publiques », *CJEG*, 1994 (n° 500), *Actualité de l'entreprise publique. Mélanges*, p. 243.
- BÉCHILLON (D. de), « Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique », *LPA*, 14 mai 1990 (n° 58), p. 10.
- BÉCHILLON (D. de), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1992, p. 15.
- BÉCHILLON (D. de), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in É. Serverin et A. Berthoud (dir.), *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 47.
- BÉCHILLON (D. de) et TERNEYRE (Ph.), « Contrats administratifs (contentieux des) », *RDCA*, 2000.

- BÉCHILLON (D. de) et TERNEYRE (Ph.), « Clauses exorbitantes et marchés publics », *CJEG*, 2000, p. 169.
- BÉCHILLON (D. de), « Le principe de liberté contractuelle dans la convention européenne des droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 53.
- BELTRAME (P.), « Le contrôle des prix et le juge », *RA*, 1967, p. 670.
- BELTRAME (P.), « La fiscalité de l'aménagement du territoire, ses modalités, ses incidences politiques », *RSF*, 1967, p. 280.
- BELTAÏEF (M.), « Quelques réflexions sur le contractualisme dans l'action publique », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges S. Ben Halima*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2005, p. 127.
- BERGOUGNOUX (J.) et RIVIER (J.), « La planification à Électricité de France et le contrat de plan État-EDF », *CJEG*, 1985, p. 111 et p. 161.
- BERNARD (P.), « Les affaires mixtes ou l'œuvre commune », *AJDA*, 1990, p. 131.
- BIENVENU (J.-J.), « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985 (n° 1), p. 153.
- BIENVENU (J.-J.), « Actes juridiques et classification », *Droits*, 1988 (n° 7), p. 21.
- BIENVENU (J.-J.), « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, 1999 (n° 28), p. 3.
- BILLIAU (M.), « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 119.
- BLEHAUT-DUBOIS (V.), « À l'école des chartes », *AJDA*, 2004, p. 2431.
- BONNEAU (J.-R.), « L'aménagement de la micro-région (évolution des contrats de pays) », *GP*, 23-25 nov. 1980, Doct., p. 516.
- BOUILLART (C.), LECLERCQ (O.) et LECOCQ (P.-A.), « Les services de la défense à l'heure de la contractualisation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2007, p. 95.
- BOUJEKA (A.), « La contractualisation de l'action publique en matière d'insertion professionnelle des personnes handicapées », *RDSS*, 2010, p. 544.
- BOULOUIS (J.), « Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les directives », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 191.
- BOULOUIS (N.), « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », *AJDA*, 2009, p. 921.
- BOURJOL (M.), « La coopération interrégionale », *Bull. ILAP*, 1975, p. 463.
- BOUTONNET (M.), « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTDC*, 2008 (n°1), p. 1.
- BOUZELY (V. S. C.), « La réforme de la planification et les collectivités locales », *RA*, 1982, p. 422.
- BOYER (L.), « Contrats et conventions », *RDCiv.*, 1993.
- BOYER (V.), « L'autonomie financière des universités après la loi relative aux libertés et responsabilités des universités », *AJDA*, 2010, p. 316.
- BRACONNIER (S.), « Arbitrage et contrats publics, d'affaires, vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PUM, 2006, vol. 2, p. 319.

- BRACONNIER (S.), « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », *AJDA*, 2006, p. 2099.
- BRACONNIER (S.), « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de service public local », *CMP*, 2007, étude 10.
- BRAIBANT (G.), « Réflexions sur les structures juridiques de la planification française », *RDC*, 1966, p. 35.
- BRAILLON (L.) et PEISER (L.), « Les contrats d'objectifs et de moyens des établissements de santé privés, les avatars d'un outil juridique hybride », *Dr. soc.*, 2002, p. 641.
- BREAS (M.), « La charte Marianne, occasion d'instaurer un logique d'engagement de service dans les services de l'État : « Pour un meilleur accueil » », *PMP*, 2006 (n° 4), p. 121.
- BRÉCHON-MOULÈNES (Ch.), « Remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », *JCP G*, 1973, I, 2588.
- BRÉCHON-MOULÈNES (Ch.), « De la loyauté de l'autorité cocontractante », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 439.
- BRENET (F.), « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », *AJDA*, 2003, p. 918.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), « La convention collective de travail est-elle un contrat ? », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, rééd., 1977, p. 110.
- BRIMO (A.), « Le fonctionnaire contractuel », *RDP*, 1944, p. 107.
- BROUANT (J.-P.), « Les contrats d'agglomération : l'intercommunalité de projet à l'épreuve du principe de spécialité », *AJDA*, 2004, p. 905.
- BROUSSOLLE (D.), « La réforme de la S.N.C.F. », *AJDA*, 1984, p. 382
- BROUSSOLLE (D.), « Conventions entre personnes publiques et décentralisation », *AJDA*, 1989, p. 747.
- BRUÈRE (J.-Ch.), « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996, p. 1715.
- BRUNET (P.) « Le conflit de qualifications : le cas des actes réglementaires « en forme de conventions » », *RDCO*, 2005 (n° 2), p. 434.
- BRUNOT (M.), « Le régime de prix concertés », *Dr. soc.*, 1974, p. 69.
- BUISSON (J.), « Réflexion sur l'impôt et le contrat », in *Perspectives du droit public. Mélanges J.-Cl. Hélin*, Litec, 2004, p. 133.
- BURDEAU (G.), « Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents », in *le droit international : unité et diversité. Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 103.
- BURON (Cl.), « Les contrats d'aménagement conclus entre l'État et les villes moyennes », *AJDA*, 1976, p. 510.
- CABROL (V.), « Les contrats territoriaux d'exploitation : une nouvelle tentative de réconciliation de l'agriculture et de l'environnement », *RDR*, 2001, p. 84.
- CADIC (J.-Y.), « Le contrat de programme : essai de rationalisation de la gestion des entreprises publiques », *AJDA*, 1979 (n° 12), p.12.
- CAILLOSSE (J.), « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 89.

- CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA*, 1999, p. 195.
- CAILLOSSE (J.), « L'action publique contractuelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *Droit et société*, 2001 (n° 47), p. 285.
- CAILLOSSE (J.), « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration, ébauche d'une problématique », *AJDA*, 2003, p. 880.
- CAILLOSSE (J.), « Interrogations méthodologiques sur le « tournant contractuel » de l'action publique », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, vol. 2, p. 469.
- CAILLOSSE (J.), « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in S. Chasagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 133.
- CAMBIER (C.), « Les contrats de programme », in *Mélanges W.-G. Ganshof Van der Meersch*, t. 3, 1972, p. 447.
- CANEDO (M.), « L'exorbitance du droit des contrats administratifs », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004, p. 125.
- CANEDO-PARIS (M.), « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles », *RFDA*, 2007, p. 938.
- CARSALADE (Y.), « La première génération de contrats de plan État-régions, 1984-1988 », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n°29), p. 47.
- CASCALES (M.), « 1994-1998, les contrats de plan État-région », *RFFP*, 1995 (n° 52), p. 139.
- CHALUMEAU (É.), « Les contrats locaux de sécurité », in B. Seiller (dir.), *Les polices municipales en perspectives*, CNFPT, colloque de tours, 27 et 28 janv. 1999, p. 171.
- CHABROT (Ch.), « La Charte européenne des droits de l'homme dans la ville : un exemple d'acte « pré-juridique » », *RDP*, 2007, p. 355.
- CHAMPAGNE (G.), « Les chartes intercommunales de développement et d'aménagement », *RDR*, 1987, p. 357.
- CHAPAL (Ph.), « Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère « prospectif » », *AJDA*, 1968, p. 323.
- CHAPPEZ (J.), « Le contrat de programme O.R.T.F. », *AJDA*, 1972, p. 565.
- CHARLERY (C.), « Réflexion sur la notion de clause exorbitante du droit commun », *LPA*, 1998 (n° 41), p. 4.
- CHARLIER (R.-E.), « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE*, 1951, p. 32.
- CHAUVEAU (P.), « Contrats de culture et ordres de production », *D.*, 1941, chron., p. 41.
- CHAUVIN (F.), « Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration ? », in *Mélanges H. Blaise*, *Economica*, 1995, p. 95.
- CHAVRIER (G.), « Intercommunalité et politique de la ville : un cadre juridique à parfaire », *AJDA*, 2007, p. 834.
- CHÉNEDÉ (F.), « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *AJDA*, 2009, p. 923.
- CHEVALLIER (J.), « Les formes actuelles de l'économie concertée », *Annales Fac. Droit d'Amiens*, 1971-1972 (n° 1), p. 67.
- CHEVALLIER (J.), « La participation dans l'administration française. Discours et pratique », *Bull. de l'ILAP*, 1976 (n° 37), p. 85.

- CHEVALLIER (J.), « La rationalisation de la production juridique », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 11.
- CHEVALLIER (J.), « Synthèse », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 397.
- CHEVALLIER (J.), « L'obligation en droit public », *A.D.P.*, 2000 (n° 44), p. 179.
- CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001 (n° 49), p. 827.
- CHEVALLIER (J.), « Loi et contrat dans l'action publique », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 81.
- CHEVALLIER (J.), « La gouvernance et le droit », in *Mélanges P. Amsselek*, Bruylant, 2005, p. 189.
- CHEVALLIER (J.), « La normativité », in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 56.
- CHEVALLIER (J.), « Contractualisation et régulation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 83.
- CLAMOUR (G.), « Loi Murcef : les enjeux de « l'administrativisation » des marchés publics », *JCP G*, 2002, I, p. 123.
- CLAMOUR (G.), « esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 637.
- COLLART DUTILLEUL (F.), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 225.
- COLLET (M.), « Valeur(s) de la régulation », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de J. Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 241.
- COLSON (A.), « Contrat et négociation », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 13.
- COMBACAU (J.), « Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit », in *Mélanges P. Amsselek*, Bruylant, 2005, p. 261.
- COMBEAU (P.), « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *LPA*, 2007 (n° 20), p. 6.
- COMTE (Ph.), « Premier bilan d'une réforme : la S.N.C.F. au terme de la période d'épreuve (1970-1973) », *AJDA*, 1973, p. 451.
- COMTE (Ph.), « Un espoir pour les entreprises publiques : les contrats de programme », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4167-4168.
- COSTA (E.), « Des chiffres sans les lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA*, 2010, p. 1623.
- COSTA (J.-P.), « La nouvelle donne », *AJDA*, 1990, p. 148.
- COURNIL (Ch.) et DEPIGNY (Y.), « Contractualisation et externalisation de la politique migratoire : analyse et critique de la loi Hortefeux », *RDP*, 2008, p. 1045.
- CROZET (P.) et RANGEON (F.), « Le public dans les contrats de ville : habitant, citoyen ou client ? », *PMP*, 2006 (n° 4), p. 17.
- CRUCIS (J.-M.), « Notion d'acte administratif », *J.-Cl. adm.*, fasc. 106-10, 1996.

- DANTONEL-COR (N.), « Le critère de la clause exorbitante : un Janus à deux visages », *JCP A*, 2008 (n° 9), p. 21, étude 2047.
- DAVIGNON (J.-F.), « L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local », *CMP*, 2007, étude 12.
- DEBBASCH (Ch.), « Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration », *RA*, 1968, p. 555.
- DEBEYRE (G.), « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », *RDP*, 1938, p. 215.
- DELACOUR (É.), « Les évolutions des fondements du droit des contrats des collectivités territoriales depuis la décentralisation de 1982 », *CMP*, 2007, étude 5.
- DELAIRE (Y.), « Les contrats de plan État-régions », *Les cahiers du droit et de la jurisprudence*, 1986, t. 1, p. 13.
- DELAUNAY (B.), « Chartes usagers et engagements de qualité dans le secteur public en France », in Y. Fortin (dir.) *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, p. 147.
- DELMAS-MARSALET (J.), « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *EDCE*, 1969, p. 133.
- DELVOLVÉ (P.), « Les marchés des entreprises publiques », *RDP*, 1970, p. 1287.
- DELVOLVÉ (P.), « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459.
- DELVOLVÉ (P.), « Vers l'unification du droit des « marchés publics » ? », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago, Économica*, 1996, p. 225.
- DELVOLVÉ (P.), « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 83.
- DELVOLVÉ (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481.
- DELVOLVÉ (P.), « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469.
- DELVOLVÉ (P.), « Les contrats publics dans le désordre », *RDCO*, 2006, p. 951.
- DELVOLVÉ (P.), « Contrats publics et sécurité juridique », in CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 329.
- DENOIX DE SAINT MARC (R.), « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.
- DEREUX (G.), « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTDciv.*, 1910, p. 503.
- DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 635.
- DJUVARA (M.), « L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques », *APD*, 1940, p. 110.
- DOUENCE (J.-Cl.), « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, p. 753.
- DOUENCE (J.-Cl.), « Les conventions entre personnes publiques », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 113.
- DOUENCE (J.-Cl.), « Les aides des collectivités locales aux entreprises : un contrôle impossible ? », Note sous CE, 27 juin 1986, Commissaire de la République des Pyrénées-Atlantiques c/ Département des Pyrénées-Atlantiques, *RFDA*, 1986, p. 804.

- DOUENCE (J.-Cl.), « L'action économique locale », *AJDA* (n° spécial), 1992, p. 68.
- DUDOIGNON (Ch.), « L'avenant au contrat administratif », *RDP*, 2009, p. 1353.
- DUGUIT (L.), « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, p. 313.
- DUGUIT (L.), « De la situation juridique du particulier faisant usage du service public », in *Mélanges M. Hauriou*, Sirey, 1929, p. 251.
- DUMOND (J.-P.) et JOURDAIN (A.), « L'action publique entre la planification et la contractualisation négociée : la perception des administrateurs des hôpitaux », *PMP*, 2006 (n° 2), p. 1.
- DRAGO (R.), « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Mélanges W.-J. Ganshof Van der Meersch*, t. 3, Bruylant/LGDJ, 1972, p. 455.
- DRAGO (R.), « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Mélanges J. FLOUR*, 1979, p. 151.
- DRAGO (R.), « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Marchés publics*, 1980 (n° 167), p. 33.
- DRAGO (R.), « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 117.
- DRAGO (R.), « Les politiques publiques contractuelles », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995 (n° 3), p. 285.
- DRAGO (R.), « Le droit de l'expérimentation », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 229.
- DRAGO (R.), « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, 2000 (n° 44), p. 43.
- DREIFUSS (M.), « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs. Une application équilibrée des droits de la concurrence et de la consommation », *AJDA*, 2002, p. 1373.
- DREYFUS (J.-D.), « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 575.
- DREYFUS (J.-D.), « L'émergence d'un droit commun de la commande publique », *AJDA*, 2010, p. 148.
- DUPORT (J.-P.), « De nouvelles relations financières entre l'État et les communautés urbaines : l'expérience des contrats de plan », *Monit. trav. publ.*, 20 février 1971, p. 45.
- DUPORT (J.-P.), « L'expérience des contrats de plan », *Bull. IIAP*, 1973, p. 161.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), « Le régime conventionnel des prix : engagements de stabilité et contrats de programme », *AJDA*, 1967, p. 579.
- ECKERT (G.), « L'évolution des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 238.
- ECKERT (G.), « Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? », *Droit et ville*, 2010 (n° 70), p. 189.
- ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *CMP*, 2010, étude 9.
- EISEMANN (P.-M.), « Le gentlemen's agreement comme source du droit international », *JDI*, 1979, p. 326.
- EISENMANN (Ch.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 25.
- EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *ADP*, 1966, p. 29.

- ENCINAS DE MUÑAGORRI (R.), « Kelsen et la théorie générale du contrat », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 109.
- ESPER (C.), « La coopération entre acteurs de santé : le droit est-il à la hauteur de la pratique ? », *EDCE*, 1998, p. 441.
- ESPER (C.), « La nouvelle gouvernance hospitalière : une profonde réforme de l'hôpital public », *GP*, 10 juin 2006, doct., p. 1703.
- FABERON (J.-Y.), « Décentralisation et transports », *AJDA*, 1986, p. 407.
- FARDET (Ch.), « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115.
- FATÔME (E.) et MOREAU (J.), « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », dossier « Les relations contractuelles entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 142.
- FATÔME (E.), « L'urbanisme contractuel », *AJDA*, 1993, n° spécial, p. 63.
- FATÔME (E.) et REDOR (M.-J.), « Le juge administratif et le développement du partenariat », in G. Gardavaud et H. Oberdorff, *Le juge administratif à l'aube du XXI^e*, PUG, 1995, p. 93.
- FATÔME (E.), « À propos des contrats administratifs « recueillis et poursuivis par des personnes privées » », in *Terres du droit. Mélanges Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 455.
- FATÔME (E.), « Expropriation et contrat », in *Le bicentenaire de la loi de 1810 sur l'expropriation*, Colloque AFDA, 3 décembre 2010, *JCP A*, 2011, 2076.
- FAVOREU (L.), « Les conventions de recherche de la délégation générale à la recherche scientifique et de la direction des recherches et moyens d'essai du ministère des armées », *AJDA*, 1965, p. 443.
- FERRARI (P.) et VIER (Ch.-L.), « La mise en œuvre de la réforme régionale. La coopération entre les régions », *AJDA*, 1975, p. 100.
- FERRIER (D.), « Étude complémentaire hors débats : la contractualisation informatisée », *RDCO*, 2005, p. 596.
- FÉVROT (O.), « Contribution à une théorie des avant-contrats administratif : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP*, 2008, p. 363.
- FIALAIRE (J.), « Les conventions de partenariat entre collectivités publiques dans le secteur de l'éducation », in J. Fialaire (dir.), *Les contrats et le système éducatif*, LGDJ, 2004, p. 61.
- FICKLER-DESPRES (O.), « Les promesses de l'administration », *JCP G*, 1998, doct., 104.
- FINANCE (J.-P.), « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », *AJDA*, 2003, p. 989.
- FLÉCHER-BOURJOL (D.), « Essai de typologie fonctionnelle des contrats passés entre l'État et les collectivités locales et les établissements publics territoriaux », *Bull. ILAP*, 1976, p. 309.
- FLOGAÏTIS (S.), « Contrat et acte administratif unilatéral », in *L'État de droit. Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 229.
- FORGES (J.-M. de), « Le volet hospitalier de la réforme de la protection sociale de 1996 », *RDSS*, 1996, p. 713.
- FORIERS (P.), « Règles de droit. Essai d'une problématique », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 7.

- FORNACCIARI (M.), « Contribution à la résolution de quelques « paradoxes » », *EDCE*, 1988, p. 93.
- FORT (F.-X.), « Le bilan des contrats de plan après deux décennies d'exécution », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 215.
- FORTIN (Y.), « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : Hors du contrat point de salut ? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 5.
- FÉVROT (O.), « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP*, 2008, p. 363.
- FRIER (P.-L.), « Contrats et urbanisme réglementaire : les obstacles juridiques », *DA*, 2005 (n° 3), chron. 5.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDciv.*, 1995, p. 573.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTDciv.*, 1998, p. 43.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Volonté et obligation », *APD*, t. 44, 2000, p. 129.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Régulation et contrat », *LPA*, 2005 (n° 87).
- GAHDOUN (P.-Y.), « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », *D.*, 2005, chron., p. 1517.
- GARBAR (Ch.-A.), « Performance et contractualisation de l'action publique », in N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 133.
- GARRIGUE-VIEUVILLE (M.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? », *DA*, 2009, étude 5.
- GARTNER (F.), « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, p. 19.
- GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique – les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19.
- GAUDEMET (M.), « Le fonctionnement de l'administration : évolutions et/ou transformations. Le développement de la contractualisation », in Ph. Tronquoy (dir.), *La réforme de l'État*, La documentation française, coll. « Les Cahiers français », 2008 (n° 346), p. 77.
- GAUDEMET (P.-M.), « La planification économique et les transformations du droit public français », in *Mélanges W.-J. Ganshof Van der Meersch*, t. 3, Bruylant/LGDJ, 1972, p. 493.
- GAUDEMET (P.-M.), « Réflexions sur le droit administratif économique », in *Mélanges L. Lopez Rodo*, 1972, p. 133.
- GAUDEMET (Y.), « Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA*, 1977, p. 614.
- GAUDEMET (Y.), « Les contrats de solidarité (aspects de droit public) », *Dr. soc.*, 1982, p. 335.
- GAUDEMET (Y.), « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, p. 645.
- GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Nonagesimo anno. Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613.

- GAUDEMET (Y.), « Remarques sur les aspects récents du contentieux des contrats administratifs », in *Mélanges Daublon*, Defrénois, 2001, p. 111.
- GAUDEMET (Y.), « (La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?) En matière administrative », in L. Cadet et L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 212.
- GAUDEMET (Y.), « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public-privé », *RJEP*, 2004, p. 1.
- GAUDEMET (Y.), « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 91.
- GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 313.
- GAUDIN (J.-P.), « Le sens du contrat dans les politiques publiques », *Esprits*, févr. 2001, p. 112.
- GENTIL (A.), « Les chartes intercommunales : instrument de développement ou d'aménagement ? », *RDR*, 1990, p. 69.
- GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron., p. 1.
- GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *Droits*, 1990 (n° 12), p. 7.
- GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », Rapport de synthèse, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, LGDJ, 1999, p. 223.
- GILARDEAU (J.-M.), « Contrat territorial d'exploitation : la marche à suivre », *RDR*, 2000, p. 67.
- GILARDEAU (J.-M.), « Contrats territoriaux d'exploitation : rien ne sera plus comme avant », *RDR*, 2002, p. 465.
- GINTRAND (É.) et GOUAISLIN (G.), « La contractualisation des subventions publiques », *DA*, 1998, chron. 9.
- GIROD (P.), « Pacte de stabilité et stratégie financière des collectivités locales », *RFFP*, 1996 (n° 53), p. 43.
- GOHIN (O.), « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », in « Loi et contrat ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004 (n° 17), p. 95.
- GONIDEC (P.-F.), « Contrat et recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1950, p. 58.
- GONOD (P.), « L'accueil dans les services publics, à propos de la charte Marianne », in *mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 327.
- GOURDOU (J.), « Les autres contrats passés par l'administration », *CFP*, 2001, n° 200, p. 7.
- GREBER (P.-Y.), « Pacte, convention, contrat et sécurité sociale », in *Mélanges B. Schmidlin. Pacte, convention, contrat*, Faculté de Droit de Genève, 1998, p. 261.
- GRZEGORCZYK (Ch.), « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 9.
- GUÉRARD (S.), « Loi de programmation : Loi nouvelle ou contrat implicite ? », in CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (sous la dir. de), *Approche critique de la contractualisation*, éd. LGDJ, coll. Recherches et travaux du réseau européen Droit et société à la Maison des Sciences de l'Homme, 2007, p. 19.
- GUETTIER (Ch.), « Quel avenir pour les contrats de plan État-régions ? », in *Contrats publics. Mélanges Guibal*, PFDM, 2006, vol. 2, p. 73.
- GUIBAL (M.), « Les marchés publics sont et doivent demeurer... des marchés publics », *Marchés publics*, 1982 (n° 184), p. 20.

- GUIBAL (M.), « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 229.
- HAMON (F.), « La contractualisation et la fonction publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 69.
- HARDY (J.), « Le contrat dans la réforme hospitalière du 24 avril 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 949.
- HAURIOU (A.), « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges L. Trotabas*, LGDJ, 1970, p. 197.
- HAURIOU (M.) et BEZIN (G. de), « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTDciv.*, 1903, p. 543.
- HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit », *RTDciv.*, 1926, p. 265.
- HÉLIN (J.-Cl.), « L'écriture des chartes des parcs naturels régionaux et le droit », *RJE*, 1997 (n° 4), p. 489.
- HÉMERY (V.), « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », *RFDA*, 1998, p. 335.
- HERTZOG (R.), « Les personnes publiques n'ont pas de compétences », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 235.
- HOEFFEL (D.), « La coopération entre les régions et les départements », *D.*, 1990, chron., p. 215.
- HOLLEAUX (A.), « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bull. ILAP*, 1974 (n° 32), p. 667.
- HÉBRAUD (P.), « Le rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges J. Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 420.
- HECQUARD-THÉRON (M.), « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, p. 451.
- IDOT (L.), « À propos de l'internationalisation du droit réflexions sur la *soft law* en droit de la concurrence », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 85.
- JACQUÉ (J.-P.), « À propos de la promesse unilatérale », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 327.
- JACQUOT (H.), « La planification (Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982) », *AJDA*, 1982, p. 577.
- JAMIN (Ch.), « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 7.
- JAMIN (Ch.), « Force obligatoire du contrat : éloge de la sobriété », in *Quatre-vingts ans de la Semaine Juridique*, 2007, p. 41
- JANICOT (L.), « Le contrat relatif au service minimum d'accueil », *AJDA*, 2009, p. 292.
- JANICOT (L.), « Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel », *RDP*, 2011, p. 347.
- JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p. 199.
- JÉGOUZO (Y.), « Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation », in *Les collectivités locales, Mélanges J. Moreau*, éd. Economica, 2003, p. 219.
- JÉGOUZO (Y.), « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public, Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543.

- JÉGOUZO (Y.), « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement*, Mélanges M. Prieur, Dalloz, 2007, p. 577.
- JÉGOUZO (Y.), « Environnement et décentralisation », in *Confluences*, Mélanges en l'honneur de J. Morand-Deville, Montchrestien, 2007, p. 867.
- JÉGOUZO (Y.), « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008, n° 127, p. 23.
- JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 273.
- JÈZE (G.), « Les formes en droit administratif français », *RDP*, 1922, p. 503.
- JÈZE (G.), « Les contrats administratifs », *RDP*, 1925, p. 161.
- JÈZE (G.), « L'opération administrative d'offre de concours », *RDP*, 1925, p. 603.
- JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, chron., p. 89.
- JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges F. Gény*, t. 3, 1935, p. 33.
- JOSSERAND (L.), « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé*. Mélanges É. Lambert, t. 3, Sirey-LGDJ, 1938, p. 143.
- JOSSERAND (L.), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », *D.*, 1940, chron., p. 5.
- JOUDON (L.), « Le contrat de plan entre l'État et Électricité de France », *CJEG*, 1993, p. 347.
- JOYE (J.-F.), « Vers un renforcement de la valeur juridique des contrats de plan entre l'État et les régions ? Libre propos sur une jurisprudence récente », *CMP*, 2002, chron. 4.
- JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), « Contractualisation *versus* institutionnalisation de l'action publique », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004, p. 47.
- KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33.
- KLOEPFER (W.), « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 585.
- KNAUB (G.), « Le contrat d'établissement entre mythe et réalité », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 255.
- KOUBI (G.), « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 5, 1998, p. 165.
- LACHAUME (J.-F.), « L'évolution du contrat administratif en droit français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*. Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 61.
- LACHAUME (J.-F.), « Remarques sur quelques aspects juridiques des contrats territoriaux d'exploitation », in *Territoires et liberté*. Mélanges Y. Madiot, Bruylant, 2000, p. 43.
- LAGRANGE (Ph.), « La qualification des contrats entre personnes publiques », *DA*, 2000, chron. 6.
- LALUQUE (L.), « Vers la fin des villes nouvelles », *AJDA*, 2004, p. 915.
- LAMARQUE (J.), « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », *AJDA*, 1961, p. 123.
- LAMARQUE (J.), « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in *Le juge et le droit public*. Mélanges M. Waline, LGDJ, 1974, t. 2, p. 497.

- LAROQUE (M.), « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976.
- LASSALLE (B.), « Les pourparlers », *RRJ*, 1994, p. 825
- LAUBADÈRE (A. de), « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'Administration », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, 1956, p. 383.
- LAUBADÈRE (A. de), « Administration et contrat », in *Mélanges J. Brèthe de la Ges-saye*, Bière, 1968, p. 453.
- LAUBADÈRE (A. de), « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit public », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 21, 1969, Dalloz, 1974, p. 263.
- LAUBADÈRE (A. de), « La concertation et le droit administratif », in *Administration et secteur privé*, 1973, p. 61.
- LAUBADÈRE (A. de), « L'administration concertée », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 407.
- LAUBADÈRE (A. de), « Interventionnisme économique et contrat », *RFAP*, 1979, p. 791.
- LAUTERPACHT (E.), « Gentleman's agreements », in *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Mélanges F.A. Mann*, Beck, 1977, p. 381.
- LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 643.
- LEFEBVRE (B.), « La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 375.
- LEMAIRE (E.), « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767.
- LEMOYNE DE FORGES (P.), « Ordre public et réglementation des prix », *RTDCom.*, 1976, p. 415.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 349.
- LERUSTE (Ph.), « Les contrats d'aménagement de villes moyennes », *Notes et études documentaires*, 1975, n° 4234 à 4236.
- LESCUYER (G.), « Le contrat de programme d'Électricité de France », *CJEG*, 1971, p. 177.
- LEWANDOWSKI (V.), « Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *DA*, 2002, chron. 2.
- L'HUILLIER (J.), « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.*, 1953, chron., p. 87.
- LICHÈRE (F.), « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, p. 341.
- LICHÈRE (F.), « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 945.
- LIGNEAU (P.), « Aux frontières du service public hospitalier : la nouvelle nébuleuse des structures de santé privées », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 487.
- LLORENS (F.), « Le droit des contrats est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in *Mélanges M. Cluseau*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 377.

- LLORENS (F.), « La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement », *RFDA*, 1985, p. 353.
- LLORENS (F.), « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *CMP*, 2007, étude 6.
- LUBEK (P.), « La contractualisation : le cas de la SNCF », *RFFP*, 1992 (n° 39), p. 75.
- LYON-CAEN (G.), « L'obligation implicite », *A.P.D.*, 2000 (n° 44), p. 109.
- MADIOT (Y.), « Les aspects juridiques de la politique contractuelle en agriculture », *Dr. Soc.*, 1969, p. 367.
- MADIOT (Y.), « La planification décentralisée », *LPA*, 13 févr. 1989 (n° 19), p. 14.
- MADIOT (Y.), « Les contrats de plan, une technique juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1989 (n° 29), p. 10.
- MARBACH (Ch.), « Les relations contractuelles entre collectivités publiques. Le domaine des interventions économiques », *AJDA*, 1990, p. 149.
- MARCOU (G.), « Les instruments contractuels de l'aménagement du territoire dans les relations entre collectivités publiques », in J.-C. Némery (dir.), *Le renouveau de l'aménagement du territoire*, Economica, 1994, p. 371.
- MARCOU (G.), « Politique de la ville et contractualisation », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, éd. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, p. 243.
- MARCOU (G.), « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA*, 2003, p. 982.
- MARCOU (G.), « Partenariat et urbanisation : l'exemple de Disneyland Paris et du secteur IV de la ville nouvelle de Marne-la-vallée », in *Mélanges H. Jacquot*, PUO, 2006, p. 363.
- MARCOU (G.), « La loi sur le Grand Paris : le retour de l'État aménageur ? », *AJDA*, 2010, p. 1868.
- MAUGÜÉ (Ch.), « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative – l'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 36.
- MAUGÜÉ (Ch.), « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », *AJDA*, 2003, p. 981.
- MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, p. 603.
- MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; « obligation déterminées » et « obligation générale de prudence et de diligence » », *RTDCiv.*, 1936, p. 1.
- MAZÈRES (J.-A.), « De quelques problèmes dominants de la planification française », *AJDA*, 1968, p. 203.
- MAZÈRES (J.-A.), « Que reste-t-il de la « jurisprudence entreprise Peyrot » ? », in *Mélanges P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 475.
- MÉGRET (J.), « Système contractuel et intégration en agriculture – loi du 6 juillet 1964 », *D.*, 1965, chron., p. 15.
- MEKKI (M.), « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDCO*, 2006, p. 297.
- MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDCO*, 2006, p. 1051.

- MELLA (É), « Les compétences des organes des collectivités territoriales en matière contractuelle », *CMP*, 2007, étude 7.
- MELLERAY (F.), « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises. Brèves remarques à partir de deux arrêts récents du Conseil d'État », *RFDA*, 2008, pp. 1124-1125
- MERCADO (L.-E.), « Faut-il repenser la notion de contrat international ? », *RRJ*, 2002, p. 1897.
- MERCHIER (Y.), « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431.
- MERLE (E.) et LOUIS (S.), « L'expérience des contrats de plan », *ACL*, 1987 (n° 7), p. 47.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), « La planification française entre centralisation et décentralisation », *RFDA*, 1995, p. 999.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1130 ; texte reproduit in *Réformer les administrations*, La documentation française, DGAFP, 1998, p. 119.
- MESTRE (A.), « La notion de personnalité morale chez Rousseau », *RDP*, 1902, p. 447.
- MIAILLE (M.), « De la nature du plan. À propos de la réforme de la planification », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Mélanges G. Péquignot, PUM, 1984, t. 2, p. 489.
- MICHOUD (L.), « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 5 et p. 193.
- MILLARD (É.), « Qu'est-ce que la norme juridique ? », in J. Chevallier (dir.), *La normativité*, Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 21, 2006, p. 59.
- MODERNE (F.), « Proposition et décision (Recherches sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 595.
- MODERNE (F.), « Autour de la nature juridique des accords conclus entre l'administration et les organisations professionnelles en matière de prix », *Dr. soc.*, 1975, p. 505.
- MODERNE (F.), « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 1.
- MODERNE (F.), « La coopération entre les régions », *LPA*, 27 décembre 1985 (n° 155), p. 8.
- MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA*, 2006, p. 2.
- MODERNE (F.), « Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs », *RFDA*, 2008, p. 109.
- MOLFESSIS (N.), « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTDCiv.*, 1999, p. 729
- MOLLION (G.), « Remarques sur une nouvelle catégorie de contrat : l'accord-cadre », *DA*, 2007, étude n° 11.
- MONTALIVET (P. de), « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 47.
- MONTRICHER (N. de), « Le contrat comme instrument de politique publique : le cas des contrats de plan État-région », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le*

- secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 269.
- MORAND (Ch.-A.), « La contractualisation du droit dans l'État providence », in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 139.
- MORAND (Ch.-A.), « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », in Ch.-A. Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 181.
- MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 3.
- MOREAU (J.), « Les contrats de plan État-région, technique nouvelle d'aménagement du territoire ? », *AJDA*, 1989, p. 737.
- MOREAU (J.), « La coopération verticale et les transferts de compétence. Essai d'analyse juridique », *Les cahiers du CNFPT*, 1994 (n° 40), p. 7.
- MOREAU (J.), « Les « matières contractuelles » », *AJDA*, 1998, p. 747.
- MOREAU (J.), « La naissance de la clause exorbitante de droit commun comme critère du contrat administratif », in *Mélanges F. Burdeau*, Litec, 2008, p. 197.
- MOREAU (L.), « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 171.
- NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 45.
- NICINSKI (S.), « Les associations et le droit administratif : plaider pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA*, 2006, étude n° 11.
- NICOUD (F.), « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP*, 2006, p. 1247.
- NOGUELLOU (R.), « Les catégories du droit des contrats administratifs », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 679.
- NOURY (A.), « Le plan régional et les contrats régionaux de plan entre collectivités locales », *Les cahiers du CNFPT*, 1994 (n° 40), p. 35.
- OPPÉTIT (B.), « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 107.
- OSMAN (Ph.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDciv.*, 1995, p. 509.
- PELLISSIER (G.), « Pour un développement maîtrisé du procédé contractuel », *JCP A*, 2008 (n° 27), p. 5.
- PEPY (D.), « Une formule originale : le contrat de pays », *RA*, 1975, p. 623.
- PÉQUIGNOT (G.), « Les contrats de l'administration », in « Des contrats administratifs », *Juris-classeur administratif*, fasc. 500, 1952.
- PERREAU (E.-H.), « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTDciv.*, 1914, p. 481.
- PÉTTIT (B.), « Contrats et obligations. Définition et classification des contrats », *J.-Cl. civ.*, fasc. 1-2, 2005.
- PÉTTIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales, Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 345.
- PÉTTIT (J.), « Contrats et police administrative : autonomie ou interférence ? », *Contrats publics*, 2007 (n° 63), p. 20.

- PICQUEMAL-PASTRÉ (C.), « Une expérience d'acte économique : le contrat de programme », *RDP*, 1974, p. 317.
- PIERI (G.), « Obligation », *APD*, 1990, t. 35, p. 221.
- PIMONT (Y.), « Les contrats de plan », *RSF*, 1971, p. 697.
- PISANI (Ch.), « Le renouveau contractuel des collectivités locales », *AJDA*, 2001, p. 507.
- PLESSIX (B.), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 12.
- PLESSIX (B.), « Transaction et droit administratif », in B. Mallet-Bricourt et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 133.
- PLESSIX (B.), « Le rescrit en matière administrative », *RJEP*, 2008, étude 8.
- POCHARD (M.), « La négociation interministérielle, une nouvelle voie pour le dialogue social ? », *RFAP*, 1996, p. 653.
- POCHARD (M.), « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 991.
- PONTIER (J.-M.), « Les contrats de plan entre l'État et les régions », *AJDA*, 1985, p. 331.
- PONTIER (J.-M.), « Les contrats de plan État-région et l'aménagement du territoire », *AJDA*, 1989, p. 743.
- PONTIER (J.-M.), « Dix ans de décentralisation », *D*, 1992, chron., p. 81.
- PONTIER (J.-M.), « Culture et planification », *RA*, 1993, p. 304.
- PONTIER (J.-M.), « Contractualisation et planification », *RDP*, 1993, p. 641.
- PONTIER (J.-M.), « La coopération verticale : le cas de la culture », *Les cahiers du CNFPT*, 1994 (n° 40), p. 99.
- PONTIER (J.-M.), « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *RA*, 1994, p. 162.
- PONTIER (J.-M.), « La troisième génération des contrats de plan entre l'État et les régions », *RA*, 1994, p. 611.
- PONTIER (J.-M.), « Le pacte de stabilité entre l'État et les collectivités locales », *RA*, 1996, p. 74.
- PONTIER (J.-M.), « Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative », *D*, 1997, Chron., p. 379.
- PONTIER (J.-M.), « Où vont les collectivités locales ? », *RA*, 1998, p. 164.
- PONTIER (J.-M.), « Les relations de la région », *RDCL*, 1998, n° 1793.
- PONTIER (J.-M.), « L'émergence de l'interrégionalité », *LPA*, 23 sept. 1998 (n°114), p. 4.
- PONTIER (J.-M.), « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187.
- PONTIER (J.-M.), « Le théâtre et les collectivités locales », *RA*, 2000, p. 280.
- PONTIER (J.-M.), « Les contrats de plan État-régions 2000-2006 », *RA*, 2001, p. 58.
- PONTIER (J.-M.), « Les schémas de services collectifs et l'ordonnancement juridique », *RRJ*, 2002 (n° 4), p. 163.
- PONTIER (J.-M.), « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales », *RFDA*, 2003, p. 35.
- PONTIER (J.-M.), « L'avenir des contrats de plan État-régions », *RA*, 2005, p. 510.
- PONTIER (J.-M.), « Les protocoles de décentralisation culturelle – bilan et perspectives », *JCP A*, 2005, p. 1765.

- PONTIER (J.-M.), « Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013 », *AJDA*, 2008, p. 1653.
- PONTIER (J.-M.), « Décentralisation et patrimoine », in P. Le Louarn (dir.), *Le patrimoine culturel et la décentralisation*, PUR, coll. « Des sociétés », 2011, p. 93.
- PORTIER (N.), « Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires : l'exemple de l'aménagement du territoire », *AJDA*, 2003, p. 986.
- POUJADE (B.), « L'offre de concours », *RDP*, 1985, p. 1625.
- POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551.
- POUYAUD (D.) et GILBERT (S.), « Les contrats entre personnes publiques », *Jur.-class. adm.*, fasc. 675, 2009.
- PREBISSY-SCHNALL (Ch.), « Vers la fin de l'approche catégorielle des contrats de la commande publique », in *Droit et économie, interférences et interactions. Mélanges M. Bazex*, Litec, 2009, p. 261.
- PRÉTOT (X.), « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. soc.*, 1997, p. 845.
- PRÉVOST (J.-F.), « À la recherche du critère du contrat administratif (la qualité des contractants) », *RDP*, 1971, p. 817.
- PRIEUR (M.), « Les bases juridiques de la coopération frontière locale et régionale », *RFDA*, 1985, p. 322.
- PRIGENT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTDciv.*, 2008, p. 401.
- PROUZET (M.), « Les contrats de pays », *MTP*, 7 août 1976, p. 9.
- PUISOYE (J.), « Caractéristiques du contrat par nature », *S.*, 1961, chron., p. 1.
- PUJOL-REVERSAT (M.-Ch.), « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, p. 201.
- QUEMADA (B.), « Accord, contrat, pacte », *Revue des Sciences morales et politiques*, 1995, p. 473.
- RAINAUD (J.-M.), « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public », *RDP*, 1985, p. 1183.
- RÉGLADE (M.), « La place de la convention dans une classification des actes juridiques », *APD*, 1940, p. 159.
- REGOURD (S.), « Regard critique sur la « fièvre contractuelle » des collectivités territoriales », in *Mélanges J.-A. Mazères*, Litec, 2009, p. 707.
- REUTER (P.), « Le traité international, acte et norme », *APD*, 1987, p. 111.
- REVET (Th.), « Objectivisation et subjectivisation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83.
- REVET (Th.), « Le contrat-règles », in *Libre droit. Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919.
- RIBOT (C.), « La recevabilité du recours à l'encontre de l'acte contractuel. L'arrêt « Tropic » : longtemps espéré, bientôt dépassé ? », *RLCT*, 2007 (n° 28), p. 39.
- RICHER (L.), « L'évolution des rapports entre l'administration et les entreprises privées », *RDP*, 1981, p. 919.
- RICHER (L.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997, p. 3.
- RICHER (L.), « Présence du contrat », *AJDA*, 1999 (n° spécial), p. 34.

- RICHER (L.), « Arbitrage et conciliation », *RDCA*, 2001.
- RICHER (L.), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.
- RICHER (L.), « La concession de service en droit communautaire : hiérarchie des critères ou critère unique ? », in *Terres du droit. Mélanges Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 111.
- RINCÓN SALCEDO (J. G.), « Les recours juridictionnels en matière contractuelle. Analyse comparée des droits français et colombien », *RFDA*, 2008, p. 391.
- RIPERT (H.), « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5.
- RITLENG (D.), « Les contrats de l'administration communautaire », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 147.
- RIVERO (J.), « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 656.
- RIVERO (J.), « Action économique de l'État et évolution administrative », *Revue économique*, 1962, p. 886.
- RIVERO (J.), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.
- RIVERO (J.), « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821.
- RIVERO (J.), « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 675.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990.
- ROCHARD (D.), « Contrat d'agriculture durable – contrats types », *RDR*, 2003, p. 219.
- ROCHARD (D.), « Contrat d'agriculture durable : le rêve devient réalité », *RDR*, 2003, p. 422.
- ROCHARD (D.), « Contrat d'agriculture durable : un financement au compte-goutte... et abscons », *RDR*, 2003, p. 658.
- ROCHFELD (J.), « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique » », *RDCO*, 2006 (n° 3), p. 665.
- ROLIN (F.), « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le Contrat de responsabilité parentale », *RDCO*, 2006 (n° 3), p. 849.
- ROLIN (F.), « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDS*, 2007, p. 38.
- ROLIN (F.), « L'habilitation à contracter », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 1, p. 187.
- ROLLAND (P.), « Les contrats de pays », *RDP*, 1979, p. 1315.
- ROMI (R.), « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux. Archaisme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA*, 1989, p. 9.
- ROMI (R.), « « Engagements de bonnes pratiques », et « chartes », « nouveaux » instruments de lutte contre le bruit », *LPA*, 15 août 2003 (n° 163), p. 4.
- ROMI (R.), « Cohérence, compatibilité, opposabilité : teneur et portée de l'obligation créée par la charte des parcs naturels », *RJE*, 2006 (n° spécial), p. 55.
- ROUQUETTE (R.), « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, 1995, p. 483.

- ROUX (J.), « La Constitution comme contrat », *in Contrats publics. Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, vol. 2, PFDM, 2006, p. 447.
- SABOURIN (P.), « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589.
- SABOURIN (P.), « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *AJDA*, 1974, p. 396.
- SAINT-JAMES (V.), « les contrats locaux de sécurité », *Coll. terr.*, 2005 (n° 10), p. 9.
- SAINT-JOURS (Y.), « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. soc.*, 1975, p. 227.
- SANLAVILLE (F.), « Des contrats passés en la forme administrative. Authenticité, compétence », *RGA*, 1892, p. 129.
- SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif : une mise au point », *RFDA*, 2007, p. 609.
- SAVATIER (J.), « L'ordre public économique », *D.*, 1965, chron., p. 37.
- SAVAUX (É.), « La dilution des catégories », *in G. Pignarre (dir.), Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 33.
- SCHWARTZ (R.), « Qu'en pense le Président Genevois ? », *in Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Dalloz, 2007, p. 965.
- SEILLER (B.), « L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2004, p. 481.
- SEILLER (B.), « Les conseils donnés par les personnes publiques », *DA*, 2005, étude n° 18.
- SEILLER (B.), « L'encadrement de la relation contractuelle entre personnes publiques et entités privées », colloque IFSA, *Sécurité publique : partenariat puissance publique, acteurs privés*, 20 nov. 2009, p. 59.
- SEILLER (B.), « Acte administratif (I – identification) », *RDCA*, 2010.
- SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », *in Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 77.
- SÉRIAUX (A.), « La notion de contrat synallagmatique », *in Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777.
- SINKONDO (M.-H.), « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », *RTDCiv.*, 1993, p. 239.
- SOTO (J. de), « Les fonctionnaires contractuels », *in L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 493.
- STIRN (B.), « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.
- SUDRE (F.), « La « nouvelle » coopération interrégionale. À propos du décret du 9 juin 1983 », *in L'interventionnisme économique de la puissance publique. Mélanges G. Péquignot*, PUM, 1984, t. 2, p. 661.
- SUEUR (J.-J.), « développement local et droit négocié : l'expérience des chartes intercommunales de développement et d'aménagement », *RDP*, 1988, p. 199.
- SUPIOT (A.), « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », *in CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (sous la dir. de), Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, coll. Recherches et travaux du réseau européen Droit et société à la Maison des Sciences de l'Homme, 2007, p. 19.
- TANQUEREL (Th.), « L'offensive du contrat dans le droit administratif suisse », *AJDA, trib.*, 2006, p. 393.

- TERNEYRE (Ph.), « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, p. 69.
- TERNEYRE (Ph.), « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 667.
- TERNEYRE (Ph.) et GOURDOU (J.), « Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle », *CJEG*, 1999, p. 249.
- TERNEYRE (Ph.), « Sur la possibilité pour les collectivités territoriales d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan », in *La profondeur du droit local, Mélanges J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 447.
- TERNEYRE (Ph.), « Les rapports hiérarchiques entre constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1435.
- TERNEYRE (Ph.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803.
- TERNEYRE (Ph.), « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA*, 2007, p. 1906.
- TERNEYRE (Ph.), « Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? », *EDCE*, 2008, p. 383.
- TERNEYRE (Ph.), « Collectivités publiques, associations administratives « transparentes » et droit des contrats publics », *BJCP*, 2010, p. 2.
- TERNEYRE (Ph.), « Réflexions nouvelles sur les “clauses à caractère réglementaire” des contrats administratifs à objet de service public », *RFDA*, 2011, p. 839.
- TERRÉ (F.), « Le contrat à la fin du XX^e siècle », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995 (n° 3), p. 299.
- TERRÉ-FORNACCIARI (D.), « L'autonomie de la volonté », *Revue des Sciences morales et politiques*, 1995 (n° 3), p. 255.
- TESOKA (L.), « Les conventions entre collectivités territoriales », in *Contrats publics. Mélanges M. Guibal*, PFDM, 2006, t. 2, p. 101.
- THIBIERGE (C.), « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p. 599.
- TIBERGHIEN (F.), « question à... » (propos recueillis par. M.-Ch. de Montecler), *AJDA*, 2008, p. 1228.
- TIBERGHIEN (F.), « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », *JCP A*, 2008, act., p. 567.
- TIBERGHIEN (F.), « le contrat en droit administratif », *D.*, 2008, p. 1192.
- TIMSIT (G.), « Les contrats fiscaux », *D.*, 1964, chron., p. 115.
- TIMSIT (G.), « Les relations entre l'État et les entreprises publiques », *RA*, 1983, p. 9.
- TIMSIT (G.), « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.*, 1988, Chron., p. 267.
- TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit : Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, p. 375.
- TONNERRE (L.), « Les centres de responsabilité. Ou le renouveau à la portée de chaque service public ? », *RFAP*, 1991, p. 143.
- TRIGEAUD (J.-M.), « Convention », *APD*, 1990, t. 35, p. 13.

- TROPER (M.), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989 (n° 10), p. 102.
- TRUCHET (D.), « La volonté des parties », in Ch. Bréchon-Moulènes (dir.), *Réglementation et pratique des marchés publics*, Association pour le droit public de l'entreprise, Dalloz, 1985, p. 142.
- TRUCHET (D.), « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 180.
- TRUCHET (D.), « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? À propos des catégories juridiques en droit administratif », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 443.
- TRUCHET (D.), « Le contrat dans la loi HPST », *Revue générale de droit médical*, 2011 (hors-série), p. 137.
- TSOULIDES (S.), « Les contrats de plan État - entreprise publiques », *Les cahiers du droit et jurisprudence*, 1986, t. 1, p. 115.
- TURPIN (D.), « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, vol. 1, 2006, p. 63.
- UBAUD-BERGERON (M.), « La qualification juridique des contrats administratifs face à la complexité : l'exemple des conventions d'aménagement urbain », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges J.-Ph. Colson*, PUG, 2004, p. 257.
- VAN LANG (A.), « Les objectifs en droit administratif », in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 101.
- VASSEUR (M.), « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTDC*, 1964, p. 5.
- VEDEL (G.), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public. Mélanges A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 527.
- VÉNÉZIA (J.-C.), « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. 2, p. 383.
- VIGOUROUX (Ch.), « La police, la concurrence, l'État », in *Terres du droit. Mélanges Y. Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 187.
- VILLEY (M.), « Efficacité et décadence du volontarisme juridique », *APD*, 1957, p. 87.
- VIRET (J.), « L'expérience des contrats de plan à l'heure de la planification décentralisée », in *Vertus et limites de la décentralisation*, Bergeret, 1985, p. 511.
- VITAL-DURAND (E.), « Le contrat de plan : un faux ami juridique », *LPA*, 26 mars 1999, p. 4.
- VLACHOS (G.), « Quelques considérations sur le droit et la sanction », in *La technique et les principes du droit public. Mélanges G. Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 585.
- VOISSET (M.), « Concertation et contractualisation dans la fonction publique », *AJDA*, 1970, p. 388.
- VOISSET (M.), « L'expérience des contrats de programme dans les entreprises publiques », *Dr. soc.*, 1974, p. 262.
- VOISSET (M.), « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges G. Péquignot*, PUM, 1984, t. 2, p. 717.
- WALINE (J.), « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Mélanges A. Riez*, Bruylant, 2000, p. 869.

- WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 965.
- WALINE (J.), « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 229.
- WALINE (J.), « Contrat et recours pour excès de pouvoir », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 859.
- WALINE (M.), « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses co-contractants », *RDP*, 1951, p. 1.
- WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. Dabin*, Sirey, 1963, p. 359.
- WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631.
- WAUQUIER (J.-P.), « Les protocoles d'accord, dépourvue de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion de la Fonction publique », *la Gazette des communes*, 1^{er} juill. 2002, p. 60.
- WEBER (Y.), « Finances publiques et contrats de l'administration », in *Études de finances publiques. Mélanges P.-M. Gaudemet*, Économica, 1984, p. 375.
- WEBER (Y.), « Les acteurs des contrats de l'administration », in *Droit public. Mélanges G. Peiser*, PUG, 1995, p. 521.
- WEBER (Y.), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Économica, 1996, p. 315.
- WEIL (P.), « Le renouveau de la théorie des contrats administratifs et ses difficultés », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 271.
- WEIL (P.), « Le critère du contrat administratif en crise », in *Le juge et le droit public. Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, p. 831.
- WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5.
- WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'État », in *Écrits de droit international*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2000, p. 379.
- WENGLER (W.), « Les conventions « non juridiques » comme nouvelle voie à côté des conventions en droit », in *Nouveaux itinéraires en droit. Mél. F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 637.
- YANNAKOPOULOS (C.), « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, 2008, p. 421.

V. – RAPPORTS ET ÉTUDES

- ALBERTINI (J.-B.), *Les contrats de projets État-régions*, La Documentation française, DIACT, 2007.
- ANDRÉ (P.), Rapport, *Les troisièmes contrats de plan État-régions (1994-1999) : une ambition inachevée*, Rapport d'information 446, Délégation du Sénat pour la planification, 1999-2000.
- BRASSENS (B.) et autres, Rapport, *Rapport sur les dispositifs de revitalisation territoriale, contrats de site, convention de revitalisation*, Inspection générale des affaires sociales, oct. 2006.
- CE, *Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1993.

- CE, Rapport public, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008.
- CES, Rapport, *Le suivi et la réalisation des contrats de plan dans le cadre de la planification*, Avis et rapport, 13 mai 1997.
- DUFFE (P.) et autres, Rapport, *Propositions d'orientations pour la mise en place de contrats locaux de sécurité de nouvelle génération*, Inspection générale de l'administration, juill. 2005.
- GUICHARD (O.) et autres, Rapport, *Vivre ensemble*, La Documentation française, 1976.
- JUILHARD (J.-M.) et autres, Rapport, *Le bilan des maisons et des pôles de santé et les propositions pour leur déploiement*, janv. 2010.
- LAMBERT (A.), *Les relations entre l'État et les collectivités locales*, La Documentation française, déc. 2007.
- NORA (S.) et autres, Rapport, *Rapport sur les entreprises publiques*, La Documentation française, 1968.
- RICHARD (P.), Rapport, *Solidarité et performance. Les enjeux de la maîtrise des dépenses publiques locales*, déc. 2006.

Table des matières

Sommaire	3
Principales abréviations	5
INTRODUCTION	13
Section 1 : L'identification de l'objet de la recherche	18
Sous-section 1 : L'omniprésence des conventions d'administration.....	18
§1. Un procédé répandu dans l'action administrative	19
§2. Une préoccupation grandissante dans la doctrine administrative	24
Sous-section 2 : La délimitation des conventions d'administration	28
§1. Le choix des objets étudiés	28
§2. Le choix des terminologies usitées	31
Section 2 : La justification de l'utilité de la recherche	35
Sous-section 1 : Les carences théoriques	36
§1. La thèse des actes non juridiques.....	36
§2. La thèse des actes contractuels.....	39
a) Une perception restrictive des actes conventionnels.....	39
b) Une perception orientée des actes administratifs	45
Sous-section 2 : Les exigences pratiques.....	48
Section 3 : L'adoption d'une méthode pour la recherche	50
PREMIÈRE PARTIE : L'AUTONOMIE DE LA NOTION DE CONVENTION D'ADMINISTRATION	55
TITRE 1 : UNE AUTONOMIE STRUCTURELLE MESUREE	58
Chapitre 1 : L'assimilation formelle entre les actes conventionnels de l'administration	61
Section 1 : Un caractère constant, l'expression des consentements	63
Sous-section 1 : L'identification équivoque de la formulation des consentements	63
§1. La confusion entre consentement et volonté.....	64
§2. L'approche médiate du consentement.....	68
Sous-section 2 : Les modalités ordinaires de la formulation des consentements	73
§1. La négociation comme mode secondaire de formulation	73
a) L'association pratique entre négociation et consentement	74
b) La dissociation théorique entre négociation et consentement.....	76
§2. L'acceptation comme mode primordial de formulation.....	80
a) Un mode consacré.....	80

b) Un mode encadré.....	84
Section 2 : Un caractère identique, la réciprocité conventionnelle	87
Sous-section 1 : La réciprocité des consentements	88
§1. L'imperfection du critère de la pluralité des consentements.....	89
a) Une préoccupation ancienne de la doctrine.....	89
b) Une constatation unanime dans la doctrine	92
§2. L'utilisation du critère de la réciprocité des consentements.....	94
a) Un critère latent	94
b) Un critère efficient	97
Sous-section 2 : La réciprocité des stipulations.....	101
§1. Consécration de la réciprocité des stipulations.....	101
a) La faillibilité du critère qualitatif.....	101
1° Une faille mineure : la qualification des actes unilatéraux.....	102
2° Une faille majeure : la qualification des actes conventionnels .	105
b) L'applicabilité du critère de la réciprocité	110
1° Un critère souvent appliqué	110
2° Un critère toujours efficace	116
§2. Conditions de la réciprocité des stipulations.....	119
a) La condition relative aux conventions unilatérales	119
b) La condition relative aux effets de la réciprocité	124
Chapitre 2 : La distinction matérielle entre contrat et convention d'administration	129
Section 1 : Une distinction fondée sur l'impérativité	132
Sous-section 1 : Le caractère de l'impérativité	133
§1. L'indifférence de la précision de la stipulation.....	134
a) L'équivocité de la précision	134
1° La multiplication des utilisations de la précision	134
2° La confusion des significations de la précision.....	137
b) L'inefficacité de la précision	139
1° L'impérativité sans la précision.....	140
2° La précision sans l'impérativité.....	143
§2. L'importance de la teneur de la stipulation	145
a) Les stipulations obligatoires des contrats	145
1° L'identification unitaire de l'obligation	146
2° L'intensité variable de l'obligation.....	151
b) Les stipulations directives des conventions d'administration	155
Sous-section 2 : Les corollaires de l'impérativité	162
§1. Un corollaire indispensable, la force obligatoire.....	163
a) Une reconnaissance provenant du droit objectif	163
b) Une reconnaissance portant sur l'acte contractuel	165
§2. Un corollaire facultatif, la sanction.....	171
a) Un accessoire de la stipulation impérative	172
1° Un fondement discutable de la norme.....	173
2° Une perception réductrice des parties	176

3° Un instrument efficace en pratique	178
b) Un accessoire de la stipulation directive	180
Section 2 : Une distinction forgée par plusieurs entités	182
Sous-section 1 : L'influence confuse du législateur	183
§1. Les confusions sur la compétence législative	184
a) Une compétence souhaitable au sujet des contrats administratifs	184
b) Une incompétence logique au sujet des conventions d'administration	189
§2. Les confusions de l'intervention législative	192
a) L'ambiguë technique des clauses réputées contractuelles	192
b) L'impérieuse requalification matérielle des clauses.....	196
1° L'abandon de l'interprétation stricte	196
2° L'adoption d'une interprétation constructive	199
Sous-section 2 : L'influence déterminante des parties	204
§1. Un contenu déterminé par les parties	204
a) La prédétermination textuelle	205
b) L'adaptation contextuelle	207
§2. Un contenu apprécié par le juge	209
a) Le pouvoir d'interprétation	209
b) La méthode d'interprétation	211
CONCLUSION DE TITRE	217
TITRE 2 : UNE AUTONOMIE FONCTIONNELLE AFFIRMEE	219
Chapitre 1 : L'autonomie au regard des sujets des conventions	222
Section 1 : L'identification de la capacité conventionnelle des sujets	226
Sous-section 1 : La distinction entre capacité conventionnelle et compétence	227
§1. Le rejet des théories analogiques	228
a) L'analogie fonctionnelle liée au dualisme juridique.....	228
1° Fonctions analogues et significations différentes.....	229
2° Fonctions analogues et significations identiques.....	233
b) L'analogie notionnelle au sein de l'ordre administratif	234
1° Une analogie habituelle	235
2° Une analogie renouvelée.....	239
§2. Le recours à une théorie combinatoire	240
a) Une combinaison justifiée par des titulaires distincts	241
1° Le rattachement d'une capacité à une personne juridique	241
2° La détention de compétences par un organe administratif.....	245
b) Une combinaison justifiée par des implications distinctes	250
1° La possibilité de conclure un acte conventionnel.....	250
2° Les modalités pour conclure un acte conventionnel	253
Sous-section 2 : La dissociation entre capacité conventionnelle et capacité contractuelle.....	256

§1. Une dissociation suggérée par les pratiques administratives.....	257
a) La possibilité de convenir entre services	257
1° Une possibilité parfois envisagée.....	257
2° Une possibilité déjà consacrée	261
b) L'impossibilité de contracter entre services.....	263
§2. Une dissociation confortée par des implications théoriques	265
a) La capacité patrimoniale impliquée par la capacité contractuelle. 266	
1° Une capacité d'administrer un patrimoine	267
2° Une capacité de répondre sur un patrimoine.....	269
b) La capacité patrimoniale inutile pour la capacité conventionnelle.....	272
Section 2 : L'attribution de la capacité conventionnelle aux sujets....	275
Sous-section 1 : Une attribution empêchée	276
§1. Un empêchement tenant à l'unité de la personne juridique.....	276
a) L'affirmation de l'unité	276
b) Les manifestations de l'unité	278
§2. Un empêchement imparfaitement contourné.....	281
a) Le contournement par la divisibilité	281
1° La division patrimoniale	281
2° La division organique	283
b) Le contournement par l'individualisation	285
Sous-section 2 : Une attribution envisagée.....	288
§1. L'inadéquation du contrat avec soi-même.....	288
a) Une théorie discutée par la doctrine privatiste	289
1° Une notion trompeuse	289
2° Une faible utilité.....	291
b) Une théorie inadaptée aux procédés publics	293
1° Un procédé infra-contractuel	293
2° Un procédé intra-institutionnel.....	294
§2. Les potentialités de la personnalité partielle.....	296
a) La signification de la parcellisation.....	297
b) L'application de la parcellisation	299
Chapitre 2 : L'autonomie au regard des objets des conventions	303
Section 1 : L'accroissement des objets autorisés.....	308
Sous-section 1 : Un accroissement mesuré.....	308
§1. Des prohibitions effectivement diverses	309
a) Les prohibitions suivant la matière	309
1° Le contrat en matière de police administrative.....	310
2° Le contrat en matière de fiscalité.....	313
b) Les prohibitions suivant la mission	315
c) Les prohibitions suivant le statut.....	318
§2. Des prohibitions faiblement infléchies	322
a) Les infléchissements jurisprudentiels.....	322
1° Les infléchissements supposés.....	322
2° Les infléchissements modérés.....	324

b) Les infléchissements textuels.....	328
1° L'édiction ordinaire de textes législatifs.....	328
2° L'édiction surprenante de textes non-législatifs	332
Sous-section 2 : Un accroissement motivé	334
§1. Un motif unique pour les contrats	334
a) La contestation du motif tenant à la nature	335
b) La confirmation du motif tenant aux pouvoirs.....	338
1° Les conséquences sur le pouvoir de décision unilatérale	338
2° La méconnaissance d'un pouvoir de décision unilatérale	340
§2. Un motif inopérant contre les conventions d'administration.....	344
a) Des actes conclus hors des limites contractuelles	344
b) Des actes conclus dans des limites essentielles	348
Section 2 : Le traitement des objets irréguliers	351
Sous-section 1 : L'annulation de la convention.....	351
§1. Une sanction globale	352
a) La possible annulation d'une clause	352
b) Le principe d'annulation de l'acte	355
§2. Une sanction radicale	357
a) Les conditions du prononcé de la sanction.....	358
b) Les conséquences du prononcé de la sanction	360
Sous-section 2 : La requalification de la convention	362
§1. La requalification en acte unilatéral	364
a) Une technique supposant une compétence réglementaire.....	364
b) Une technique sujette à des interprétations artificielles	368
§2. La requalification en convention d'administration.....	370
CONCLUSION DE TITRE	376
CONCLUSION DE PARTIE.....	378
SECONDE PARTIE : LES SPÉCIFICITÉS DE L'UTILISATION DES CONVENTIONS D'ADMINISTRATION	380
TITRE 1 : UNE SOURCE INDIRECTE DE LA LEGALITE ADMINISTRATIVE.....	382
Chapitre 1 : La juridicité des conventions d'administration	385
Section 1 : Les effets juridiques directs	390
Sous-section 1 : Les effets déclencheurs	391
§1. Le mécanisme de déclenchement	391
§2. La pratique du déclenchement	395
a) Le déclenchement de compétences.....	395
b) Le déclenchement de droits	397
Sous-section 2 : Les effets d'encadrement.....	400
§1. L'encadrement entre des sujets	401
a) Un moyen accessoire d'une relation tutélaire	401

1° Un complément à l'existence de la tutelle	401
2° Un palliatif à l'allègement de la tutelle	406
b) Un moyen essentiel hors d'une relation tutélaire.....	409
§2. L'encadrement au sein d'un sujet.....	413
a) L'encadrement des relations verticales	413
b) L'encadrement des relations horizontales.....	417
Section 2 : Les effets juridiques indirects.....	420
Sous-section 1 : Des effets d'orientation	421
§1. Les aspects substantiels des effets d'orientation.....	421
a) Une normativité médiate	422
1° Des actes distincts	422
2° Des actes connexes.....	425
b) Une issue aléatoire.....	427
§2. Les aspects temporels des effets d'orientation.....	430
a) Des effets délimités	430
b) Des limites spécifiques	431
Sous-section 2 : Des effets diversifiés	435
§1. L'orientation d'actions unilatérales.....	436
a) L'orientation de décisions non-réglementaires	436
b) L'orientation de décisions réglementaires.....	440
§2. L'orientation d'actions conventionnelles.....	443
a) Le prolongement par la signature de conventions d'administration	443
b) La consécration par la signature de contrats	447
Chapitre 2 : L'administrativité des conventions d'administration.....	453
Section 1 : Le rôle déterminant du critère organique.....	458
Sous-section 1 : Un critère approprié	459
§1. L'adéquation avec le procédé conventionnel.....	459
a) Le caractère subjectif du procédé conventionnel.....	459
b) Le contenu directif du procédé conventionnel	467
§2. L'adéquation avec la pratique conventionnelle.....	468
Sous-section 2 : Un critère fragilisé	471
§1. L'affaiblissement de son utilisation	471
a) Une présomption atténuée	472
1° Le renversement matériel de la présomption d'administrativité.....	472
2° Le rétablissement matériel de l'administrativité renversée	474
b) Une présomption évincée	478
§2. L'affaiblissement de sa justification.....	483
a) Un critère peu unificateur.....	483
b) Un critère peu simplificateur	486
Section 2 : L'efficacité partielle des critères alternatifs.....	489

Sous-section 1 : L'inutilité du critère relatif aux clauses des conventions	491
§1. Les clauses inconcevables en droit privé	491
a) Des clauses diverses dans les contrats administratifs	492
b) Des clauses absentes des conventions d'administration	498
§2. Les clauses inégalitaires entre les parties.....	501
a) Des clauses ordinaires au sein des contrats administratifs.....	501
b) Des clauses improbables au sein des conventions d'administration	505
Sous-section 2 : La satisfaction du critère relatif à l'objet d'une convention.....	508
§1. Un moyen de conférer une mission de service public.....	509
a) Un objet propice aux contrats administratifs.....	509
b) Un objet écarté pour les conventions d'administration	514
§2. Un moyen d'exécuter une mission de service public	516
a) Un objet suscitant les contrats administratifs	516
b) Un objet suscitant les conventions d'administration.....	519
§3. Un moyen d'organiser une mission de service public.....	521
CONCLUSION DE TITRE	528
TITRE 2 : UNE SOUMISSION IMPARFAITE	
A LA LEGALITE ADMINISTRATIVE	530
Chapitre 1 : Les normes régissant les conventions d'administration.....	532
Section 1 : Les normes régissant l'existence des conventions d'administration.....	535
Sous-section 1 : Une passation organisée	536
§1. L'exclusion des règles spécifiques à la commande publique.....	536
§2. L'application des règles classiques de l'action publique.....	543
Sous-section 2 : Une publicité assurée	547
§1. Une publicité facultative	547
§2. Une publicité effective	549
Section 2 : Les normes régissant l'exécution des conventions d'administration.....	553
Sous-section 1 : La prépondérance de la loyauté conventionnelle	554
§1. Une exigence affermie pour les relations contractuelles.....	556
a) La consolidation progressive de la loyauté.....	556
b) La consécration jurisprudentielle de la loyauté	560
§2. Une exigence primordiale pour les relations conventionnelles	563
Sous-section 2 : L'existence de pouvoirs conventionnels.....	566
§1. L'inclusion d'un pouvoir de modification unilatérale	567
a) Un pouvoir justifié.....	567
1° La justification admise pour les contrats administratifs	567
2° La justification propre aux conventions d'administration	571

b) Un pouvoir conditionné.....	575
§2. L'exclusion d'un pouvoir de résiliation unilatérale.....	579
a) Une exclusion motivée.....	579
b) Une exclusion consacrée.....	583
Chapitre 2 : Les contrôles visant les conventions d'administration.....	589
Section 1 : L'inexistence des contrôles juridictionnels	592
Sous-section 1 : L'irrecevabilité justifiée des recours	593
§1. L'irrecevabilité des recours dirigés contre des conventions d'administration.....	594
a) Une solution cohérente pour les recours ordinaires.....	594
b) Une solution contestable pour les déférés préfectoraux.....	598
§2. L'irrecevabilité des recours dirigés contre des actes détachables ...	602
Sous-section 2 : L'irrecevabilité discutable des moyens.....	606
§1. Le maintien des solutions visant les clauses contractuelles.....	607
a) Des moyens recevables dans le contentieux contractuel.....	607
b) Des moyens irrecevables dans le contentieux de l'excès de pouvoir	610
§2. La modification des solutions visant les clauses conventionnelles	614
a) Une recevabilité concevable en dépit de l'effet relatif.....	614
b) Une recevabilité impliquée par l'existence d'effets d'orientation	617
Section 2 : L'insuffisance des procédés alternatifs	625
Sous-section 1 : L'efficacité perfectible des méthodes para-juridictionnelles	625
§1. Les méthodes de prévention des conflits	626
a) L'institutionnalisation du contrôle	626
b) L'organisation d'évaluations	630
§2. Les méthodes de résolution des conflits.....	633
a) Des méthodes inappropriées.....	634
b) Des méthodes efficaces.....	637
Sous-section 2 : La reconnaissance progressive d'une responsabilité conventionnelle	640
§1. La possible responsabilité extra-conventionnelle.....	641
§2. L'hypothétique responsabilité conventionnelle	644
CONCLUSION DE TITRE	654
CONCLUSION DE PARTIE	656
CONCLUSION GENERALE	658
Index jurisprudentiel.....	663
Index textuel.....	675
Index analytique	680
Bibliographie.....	686
Table des matières.....	719

